

ARBEIDSMILJØLOVEN KAPITTEL X A

Likebehandlingsprinsippet og arbeidstakere av
utenlandsk opprinnelse

Kandidatnr: 374

Veiledere: Helga Aune og Henning Jakhell

Leveringsfrist: 26. april 2004

Til sammen 17998 ord

27.04.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>2</u>
2.1	INNLEDNING	2
2.2	ARBEIDSMILJØLOVEN OG TILHØRENDE FORARBEIDER	2
2.3	RÅSDIREKTIV 2000/78/EF	2
2.4	GJELDENE RETT PÅ LIKESTILLINGSOMRÅDET	3
2.5	NOU 2002:12 RETTSLIG VERN MOT ETNISK DISKRIMINERING	4
2.6	DANSK OG SVENSK RETT	4
2.7	FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSE	5
<u>3</u>	<u>PRINSIPPET OM FRI BEVEGELSE AV ARBEIDSKRAFT</u>	<u>5</u>
3.1	GENERELT	5
3.2	"NASJONALITET" VS. "NASJONAL OPPRINNELSE"	6
3.3	PLIKTSUBJEKTER	8
3.4	EØS-AVTALENS RELEVANS FOR TOLKNINGEN AV ARBEIDSMILJØLOVEN	9
<u>4</u>	<u>DISKRIMINERINGSFORBUDET I ET MENNESKERETTSLIG PERSPEKTIV</u>	<u>10</u>
<u>5</u>	<u>DISKRIMINERINGSFORBUDET I ARBEIDSMILJØLOVEN KAPITTEL X A.</u>	<u>11</u>
5.1	INNLEDNING	11
5.2	BEGREPET FORSKJELLSBEHANDLING	12
5.2.1	GENERELT	12
5.2.2	DIREKTE OG INDIREKTE FORSKJELLSBEHANDLING	13
5.2.2.1	Direkte forskjellsbehandling	13
5.2.2.2	Indirekte forskjellsbehandling	17
5.2.3	TRAKASSERING OG INSTRUKS OM FORSKJELLSBEHANDLING	21
5.3	SAKLIGHETSVURDERINGEN	23
5.3.1	DIREKTE FORSKJELLSBEHANDLING	23

5.3.2	INDIREKTE FORSKJELLSBEHANDLING	25
6	<u>FORBUDETS VIRKNING I PRAKSIS</u>	29
6.1	INNLEDNING	29
6.2	UTLYSNING	29
6.3	ANSETTELSEN	31
6.3.1	GENERELT	31
6.3.2	SPRÅKKRAV	32
6.3.3	KRAV OM KVALIFIKASJONSBEVISER OG LIGNENDE	37
6.3.4	KRAV TIL BEKLEDNING	40
6.4	UNDER ANSETTELSESFORHOLDET	45
6.4.1	LØNN OG ANSIENNITET	45
6.4.2	KRAV TIL FREMTONING	47
7	<u>HÅNDHEVING AV LOVEN</u>	49
7.1	INNLEDNING	49
7.2	SÆRLIGE REGLER OM BEVISBYRDE	49
7.3	ERSTATNING FOR ØKONOMISK TAP	50
7.4	ERSTATNING FOR IKKE-ØKONOMISK SKADE	50
8	<u>VURDERING AV REGLENE</u>	53
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	55

1 Innledning

Denne oppgaven omhandler likebehandlingskravet som følger av kapittel X A i arbeidsmiljøloven. Arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse skal ikke utsettes for forskjellsbehandling alene av den grunn at de er av utenlandsk opprinnelse. Temaet er aktuelt. *Praktisk* er emnet relevant fordi det er stadig flere arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse på det norske arbeidsmarked, og fordi en nært forestående EU-utvidelse trolig vil øke dette antall ytterligere. *Teoretisk* har temaet relevans fordi det foreligger ny og utforsket lovgivning på området samt usikkerhet vedrørende det arbeidsrettslige likebehandlingsprinsipp. Kapittel X A ble nylig vedtatt av Stortinget og trer i kraft 1. juni 2004.

Oppgavens hovedproblemstilling er hvilke forpliktelser arbeidsgivere har etter de nye reglene. I oppgaven vil jeg primært ta for meg det individuelle arbeidsforhold og ha hovedfokus på den private arbeidsgiver. Prinsippet om likebehandling gjelder også for kollektive avtaleparter og det offentlige som arbeidsgiver, noe som vil gå frem av at det brukes enkelte dommer og kilder fra disse områder i oppgaven. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenser jeg imidlertid mot behandling av regler og problemstillinger som gjelder spesifikt på disse områder.

Arbeidsgivers forpliktelser vil bli klargjort gjennom en analyse av diskrimineringsforbudet og dets virkning i praksis, hovedsakelig gjennom domsanalyse. Dette vil sammen med en gjennomgang av regler om bevisbyrde og erstatning også gi grunnlag for en vurdering av om reglene er egnet til å oppnå formålet om likebehandling i arbeidslivet.

Med betegnelsen ”arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse” er meningen å omfatte mennesker fra alle verdens land, også Norge, som i arbeidslivet opplever negativ behandling med en eller annen tilknytning til deres ikke-norske opprinnelse.

2 Rettskilder

2.1 Innledning

Rettskildesituasjonen på området er spesiell. Både reglenes ferskhets og deres klare paralleller til andre regelverk gjør at et bredt spekter av rettskilder kan og bør trekkes inn i argumentasjonen. I dette kapittel gir jeg en kort presentasjon av de mest sentrale kildene som blir brukt i oppgaven. EØS-avtalens relevans som rettskilde reiser særegne spørsmål som jeg har valgt å behandle for seg selv under punkt 3.

2.2 Arbeidsmiljøloven og tilhørende forarbeider

Utgangspunktet for oppgavens drøftelser tas i aml. kap. X A. Ved siden av lovens ordlyd, vil forarbeidene til kapitlet være den viktigste rettskilden for å finne frem til reglenes innhold. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m. står her sentralt.

Mens likebehandlingskapitlet forbyr forskjellsbehandling på alle sider ved arbeidsforholdet, har det frem til nå foreligget et forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelser, jf. aml. § 55 A, 2. ledd. Lovendringen er ikke ment å skulle utgjøre noen endring av forskjellsbehandlingsbegrepet og innholdet i forbudet for så vidt gjelder ansettelser.¹ Forarbeider og praksis i forhold til denne bestemmelsen vil derfor fortsatt ha relevans.

2.3 Rådsdirektiv 2000/78/EF

Kapittel X A er innført i arbeidsmiljøloven for at norsk lov skal tilfredsstille kravene i et nytt EF-direktiv om likebehandling i arbeidslivet (Rådsdirektiv 2000/78/EF).² Direktivet inngår i EUs ikke-diskrimineringspakke sammen med Rådsdirektiv 2000/43/EF om vern mot etnisk diskriminering og EUs program for å bekjempe diskriminering, som alle er hjemlet i EF-traktaten art. 13 om likebehandling. Ettersom EØS-avtalen ikke inneholder noen tilsvarende bestemmelse, anses ingen av de nevnte rettsaktene bindende for EFTA-landene. Når Norge likevel innfører endringer i

¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 24.

² Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 14.

lovgivningen for å oppfylle direktivenes krav, vil direktivtekstene og særlig senere rettspraksis i medhold av disse ha rettskildemessig verdi ved tolkning av de nye lovbestemmelsene. Der lovgiver bevisst har valgt en annen ordlyd enn i direktivteksten, vil den norske lovtekst gå foran. Av hensyn til oppgavens omfang går jeg ikke nærmere inn på følgen av eventuell ”utilstrekkelig” gjennomføring av direktivets krav.³

Direktivet omhandler forskjellsbehandling på grunn av religion eller tro, alder, funksjonshemming og seksuell orientering, altså diskrimineringsgrunner som ikke står sentralt i denne oppgaven. Dette er uten betydning, så lenge direktivet har medført endringer i den norske loven også i forhold til forskjellsbehandling på grunn av etnisk opprinnelse, nasjonal opprinnelse og hudfarge.

2.4 Gjeldende rett på likestillingsområdet

Bestemmelsene i loven tilsvarer langt på vei reglene i likestillingsloven og bør derfor tolkes i samsvar med denne. Både lovtekst og forarbeider har i denne sammenheng relevans, men det er først og fremst praksis etter likestillingsloven som er sentral. Praksis kan være fra domstolene, Klagenemnda for likestilling (Nemnda) og fra Likestillingsombudet (Ombudet). Domstolene kan overprøve alle sider ved Nemndas vedtak⁴, men Nemndas avgjørelser blir sjelden brakt inn for retten.

Klagenemnda for likestilling er et forvaltningsorgan, og forvaltningspraksis er en rettskildefaktor som tradisjonelt er tillagt mindre vekt enn rettspraksis. Der hvor det ikke finnes rettspraksis, vil forvaltningspraksis måtte tillegges større vekt. I forarbeidene forutsettes det at Nemnda skal kunne påvirke lovens innhold,⁵ og det er lagt stor vekt på Nemndas avgjørelser i teoretiske fremstillinger av reglene på likestillingsområdet.⁶ Jeg vil derfor legge til grunn at Nemndas avgjørelser sier noe om gjeldende rett.

³ Med ”utilstrekkelig” siktes her til det uttalte formål om å ha ikke-diskrimineringsregler som minst er på høyde med de innen EU, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 14.

⁴ Likestl. § 13, 4. ledd.

⁵ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) om lov om likestilling mellom kjønnene, s. 56.

⁶ Se bl.a. Vigerust, *Arbeid, barn og likestilling*, s. 74.

Gjeldende rett på likestillingsområdet bygger også på internasjonale forpliktelser, derunder EU-rettslige direktiver knyttet til kjønnsdiskriminering,⁷ som har stor betydning for utviklingen av likestillingsretten i Norge. I denne behandlingen legger jeg til grunn at Nemndas praksis samsvarer med direktivforpliktelsene og trekker derfor ikke inn direktivene direkte som rettskildefaktor i forhold til arbeidsmiljøloven.

2.5 NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Regjeringen oppnevnte 3. mars 2000 et utvalg – Holgersenutvalget - for å utarbeide forslag til nytt lovverk mot etnisk diskriminering. I utvalgets innstilling av 14. juni 2000 foreslås en særskilt lov mot etnisk diskriminering som skal gjelde både i arbeidslivet og på andre samfunnsområder. Lovforslaget tar sikte på å implementere Rådsdirektiv 2000/43/EF, som inneholder mange av de samme krav og formuleringer som Rådsdirektiv 2000/78/EF, og vil derfor for en stor del sammenfalle innholdsmessig med det nye kapittel X A. Jeg anser derfor NOU 2002:12 som en relevant rettskildefaktor i forhold til forståelsen av de sammenfallende begreper.

2.6 Dansk og svensk rett

De gjeldende lover i Danmark og Sverige om forskjellsbehandling på arbeidsmarkedet er fra henholdsvis 1996 og 1999. Både *Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet*⁸ og *Lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet*⁹ oppstiller forbud mot forskjellsbehandling som langt på vei tilsvarer aml. § 54 B. Innholdslikheten mellom lovene gjør at jeg anser både forarbeider, praksis og litteratur for å kunne utgjøre relevante argumenter ved tolkningen av kapittel X A i arbeidsmiljøloven. De fleste sakene vil imidlertid snarere ha betydning som eksempler og inspirasjonsgrunnlag for fremtidig norsk lovgivning, enn som tungtveiende rettskilder. Bruken av for eksempel underrettsdommer fra Danmark senere i denne oppgaven skyldes det begrensede rettskildemateriale som for øvrig foreligger på området.

⁷ De viktigste er likelønnsdirektivet (75/117/EØF), likebehandlingsdirektivet (76/207/EØF), tryggedirektivene (79/7/EØF og 86/378/EØF), svangerskapsdirektivet (92/85/EØF) og bevisbyrdedirektivet (97/80/EF).

⁸ Lov nr. 459 af 12. juni 1996, endret i forbindelse med gjennomføring av de to rådsdirektivene ved lov nr. 253 af 7. april 2004.

Når jeg i det følgende refererer til den danske og den svenske loven, er det i betydning av de ovenfor nevnte regelverk.

2.7 Folkerettslige forpliktelser

Norge har ratifisert en rekke menneskerettighetskonvensjoner om ikke-diskriminering og rettigheter til arbeidstakere. I forhold til oppgavens tema er det særlig verdt å nevne ILO-konvensjon nr. 111 (ILO 111)¹⁰, FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK)¹¹ og FNs kvinnekonvensjon¹², som alle ligger i bunn av reglene om ikke-diskriminering. De folkerettslige forpliktelsene reiser en rekke interessante problemstillinger, men av hensyn til oppgavens omfang velger jeg å ikke gå nærmere inn på konvensjonene verken som rettskildefaktor eller som selvstendig rettighetsgiver for arbeidstakere. Konvensjonene vil likevel ha indirekte påvirkning på tolkningen, blant annet gjennom bruk av praksis fra Klagenemnda for likestilling. Mer generelle, overordnede menneskerettigheter vil dessuten komme inn ved de ulike sider av saklighetsvurderingen, se blant annet punkt 4.

3 Prinsippet om fri bevegelse av arbeidskraft

3.1 Generelt

Prinsippet om fri bevegelse av arbeidskraft er hjemlet i EØS-avtalen art. 28. Bestemmelsen er et utslag av det generelle ikke-diskrimineringsprinsipp i avtalens art. 4. Den frie bevegelse innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstakere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår, jf. art. 28 nr. 2.

⁹ Lag 1999:130 (gjelder nå ved siden av *lag 2003:307 om forbud mot diskriminering*).

¹⁰ ILO-convention no 111 concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, 1981.

¹¹ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 7 March 1966.

¹² UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18 December 1979.

Rettighetene er nærmere presisert og gjennomført i EF-direktivet om fri bevegelse av arbeidskraft¹³ som etter EØS-arbeidstakerloven¹⁴ gjelder som norsk lov.

Innholdet av diskrimineringsforbudet innen EU og EØS er først og fremst klarlagt gjennom praksis. EØS-avtalen tolkes og håndheves av EFTA-domstolen, jf. ODA¹⁵ del IV. Av art. 6 i EØS-avtalen fremgår imidlertid at de bestemmelser som i sitt materielle innhold er identiske med tilsvarende regler i EF-traktaten, skal tolkes i samsvar med relevante avgjørelser fra EF-domstolen. Art. 39¹⁶ i EF-traktaten er identisk med art. 28 i EØS-avtalen, og praksis i henhold til denne bestemmelsen skal derfor tillegges stor vekt ved tolkningen av art. 28. Til tross for at EØS-avtalen art. 6 etter sin ordlyd bare omhandler praksis fra før 1992, må det antas at også nyere rettspraksis er en relevant rettskildefaktor for tolkningen av EØS-avtalen.¹⁷

Bruk av prinsippet om fri flyt av arbeidskraft som rettskildefaktor i forhold til tolkningen av likebehandlingsreglene i aml. kap. X A reiser flere spørsmål.

For det første gjelder diskrimineringsforbudet i art. 28 bare borgere fra andre EØS-land. For det andre har EØS-avtalen tradisjonelt vært tolket slik at den kun forplikter stater, og ikke private parter i form av for eksempel arbeidsgivere.¹⁸ For det tredje er det diskriminering på grunn av ”nasjonalitet” i betydningen ”statsborgerskap” som er forbudt etter EØS-avtalen, mens arbeidsmiljøloven forbyr forskjellsbehandling på grunn av ”nasjonal opprinnelse”.

3.2 ”Nasjonalitet” vs. ”nasjonal opprinnelse”

Når det gjelder diskrimineringsgrunnene som forbys i de ulike regelverk, er disse noe forskjellige. Etter arbeidsmiljølovens ordlyd er arbeidstakere fra tredjeland¹⁹ ikke beskyttet mot å bli forskjellsbehandlet på grunn av ”statsborgerskap” slik borgere fra

¹³ Rådsdirektiv (EØF) 1612/68.

¹⁴ Lov av 27. november 1992 nr. 112.

¹⁵ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.

¹⁶ Tidligere artikkel 48.

¹⁷ Jf. Sejersted m.fl, *EØS-rett*, s. 166.

¹⁸ *ibid.* s. 250.

¹⁹ Land utenom EU/EØS-området.

EØS-land er etter EØS-avtalen art. 28 nr. 2. Spørsmålet er om EØS-borgere faktisk har et videre vern mot forskjellsbehandling i individuelle arbeidsforhold enn andre.

Aml. § 54 B beskytter mot forskjellsbehandling på grunn av ”nasjonal opprinnelse”, noe som etter en vanlig språklig forståelse ligger tett opp til begrepet ”nasjonalitet”.

”Nasjonal opprinnelse” gir inntrykk av å skulle favne om alle de tilfeller der en person blir behandlet annerledes fordi vedkommende er fra et annet land, uten at personen nødvendigvis har annen hudfarge eller ”rase” enn dem det sammenlignes med. Det samme kan sies om forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet. Grensen mellom ”nasjonalitet” og ”nasjonal opprinnelse” har imidlertid vært gjenstand for debatt og forvirring.²⁰

Forholdet mellom ”nasjonal opprinnelse” og ”nasjonalitet”/”statsborgerskap” er ikke kommentert i forarbeidene.

I flere sammenhenger er ”nasjonal opprinnelse” underlagt den fortolkning at det ikke skal omfatte ”nasjonalitet”. Et eksempel er begrepet ”nasjonal opprinnelse” i ILO 111 art. 1, 1. ledd, litra a, som er tolket til kun å omfatte forskjellsbehandling mellom statsborgere i *samme stat* på grunn av disses forskjellige nasjonale, etniske eller språklige bakgrunn.²¹ I Holgersenutvalgets innstilling presiseres det at ”nasjonal opprinnelse” i en del tilfeller vil kunne inngå som en del av etnisitetsbegrepet, men at nasjonalitet i retning av ”statsborgerskap” ikke omfattes av loven.²² Den samme tolkningen er blant annet lagt til grunn i forarbeidene til den danske diskrimineringsloven.²³

Avgrensningen mot forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet i betydningen av statsborgerskap, har sin bakgrunn i en tanke om at *statene* skal få beholde sin suverene

²⁰ Se bl.a. Justesen, *Lighedskravet for etniske minoriteter på arbejdsmarkedet*, s. 288, om debatten rundt utformingen av RDK.

²¹ Jf. H. K. Nielsen m.fl., *Anti-diskrimination*, s. 132

²² NOU 2002:12 s. 34 og 230.

²³ Lovforslag nr. L 181 af 17. januar 1996, under avsnittet ”forholdet til EU-retten”.

rett til å gi lover omkring nasjonalitet, statsborgerskap og naturalisering.²⁴ Dette hensyn er imidlertid ikke relevant når det er individuelle arbeidsforhold som er tema.

Det vil generelt sett være vanskelig å avgjøre hvorvidt begrensninger i utlendingers rettigheter beror på vedkommendes manglende statsborgerskap eller på for eksempel personens nasjonale opprinnelse, rase eller hudfarge. En slik distinksjon vil være enda vanskeligere i et arbeidsforhold. En arbeidsgiver som oppstiller krav om norsk statsborgerskap for en stilling, vil riktignok forskjellsbehandle direkte på grunn av statsborgerskap, men han vil samtidig foreta en indirekte forskjellsbehandling på grunn av nasjonal opprinnelse. En slik forskjellsbehandling vil derfor kun være legitim hvis formålet er saklig og det anses hensiktsmessig og nødvendig å oppstille krav til statsborgerskap for å nå dette målet, jf. § 54 C nr. 2.²⁵ I Norge er det bare noen ytterst få stillinger som etter loven krever norsk statsborgerskap. Et eksempel er dommere, jf. dstl. § 53. Bortsett fra dette er det vanskelig å tenke seg saklige grunner for å oppstille et slikt krav. Det at "nasjonal opprinnelse" mange steder presiseres til ikke å omfatte statsborgerskap, betyr altså ikke at en arbeidsgiver legitimt kan velge å forskjellsbehandle sine arbeidstakere på grunn av deres statsborgerskap.

3.3 Pliktsubjekter

For så vidt gjelder pliktsubjektene etter prinsippet om fri flyt av arbeidskraft, er dette først og fremst de statlige myndigheter. Prinsippet har en rekke offentligrettslige konsekvenser, som særlig angår hva de nasjonale tilsyn med utlendinger kan og ikke kan foreta seg i forhold til EU-/EØS-arbeidstakere som benytter seg av retten til fri bevegelse. Svært mange av sakene som er avsagt av EF-domstolen vedrørende art. 39 og tidligere art. 48 i EF-traktaten omhandler også statens sosiale- og trygdemessige forpliktelser,²⁶ noe som ikke vil være direkte relevant i forhold til denne oppgavens problemstilling.

På den annen side, og av større interesse for denne oppgaven, innebærer prinsippet et *inngrep i kontraktsfriheten og arbeidsgivers styringsrett*, ettersom det innebærer et

²⁴ Det å gi en utlending innfødsrett. Dette hører i Norge inn under Stortinget (Grl. § 92). I enkelte andre stater er naturalisering ensbetydende med at det er gitt statsborgerrett til en utlending.

²⁵ Se også Lovforslag nr. L 181 af 17. januar 1996, under avsnittet "*forholdet til EU-retten*".

²⁶ Jf. søk i Celex på art. 39 og tidligere art. 46 i både Romatraktaten og Amsterdamtraktaten.

forbud mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av nasjonalitet ved utøvelse av ansettelsesretten, oppsigelsesretten og ved både ensidig og avtalemessig fastsettelse av arbeidsvilkår, herunder lønn.²⁷ Dette diskrimineringsforbud er i følge EF-domstolen direkte forpliktende for både det offentlige og for private virksomheter qua arbeidsgivere, jf. Angonese-saken.²⁸ Denne saken behandles nærmere i punkt 6.2.2.

De fleste tilfellene hvor individuelle arbeidsgivere er bundet av prinsippet om arbeidskraftens frie bevegelighet, er dekket av forordningen om fri bevegelighet for arbeidstakere.²⁹ De fleste saker hvor EF-domstolen har uttalt seg om den direkte anvendelighet av art. 39 overfor private, har derfor ikke handlet om relasjoner mellom individuelle ansatte og deres arbeidsgivere, men om kollektive regler i private sportsforeninger og lignende. Eksempler på dette er Walrave-saken,³⁰ Dona Mantero-saken³¹ og den kjente Bosman-saken.³² Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på disse konkrete sakene i denne oppgaven, ettersom saksforholdene ligger utenfor de situasjoner jeg har valgt å legge fokus på, jf. oppgavens punkt 6.

3.4 EØS-avtalens relevans for tolkningen av arbeidsmiljøloven

Arbeidstakere fra EØS-land vil være beskyttet både av EØS-avtalen og av aml. kap. X A. Her vil det altså gjelde to parallelle regelsett. Som vi har sett ovenfor, inneholder reglene forpliktelser for arbeidsgiver, og forpliktelsene i forhold til de to regelverk vil overlappe hverandre på flere områder. På *disse* områder kan det derfor argumenteres for at rettskildene etter EØS-avtalen, for eksempel dommer fra EF-domstolen, bør være relevante ved tolkningen av arbeidsmiljøloven i forhold til borgere fra EØS-land. Når jeg mener at dette også bør legges til grunn i forhold til borgere fra *andre* stater, bunner dette i hensynet til arbeidsgiver. Det ville være lite hensiktsmessig om arbeidsgivere skulle måtte følge ulike regelverk avhengig av hvilken nasjonalitet de arbeidssøkende

²⁷ Jf. R. Nielsen, *Europæisk arbejdsret*, s. 383

²⁸ Sak 281/98 (Roman Angonese mot Cassa di Risparmio di Bolzano SpA) jf. R. Nielsen, s. 384.

²⁹ EØS-avtalen vedlegg V punkt 2 (rådsforordning (EØF) nr. 1612/68) om fri bevegelighet for arbeidstakere mv. innenfor EØS.

³⁰ Sak 36/74 (B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch mot Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie og Federacion Espaniola Ciclismo).

³¹ Sak 13/76, (Gaetano Donà mot Mario Mantero).

³² Sak 415/93, (Union Royale belge des sociétés de football association ASBL mot Jean-Marc Bosman).

eller ansatte har, og avhengig av hvilken diskrimineringsgrunn som kan sies å foreligge. Det er heller ikke noe verken i lov eller forarbeider som tilsier ulik rettsstilling for forskjellige nasjonaliteter. På bakgrunn av dette vil jeg legge til grunn at rettskilder i forhold til prinsippet om fri flyt av arbeidskraft vil være relevante i forhold til sammenfallende områder etter arbeidsmiljøloven. Disse rettskilder vil i oppgaven derfor bli vektlagt ved klargjøringen av begrepet ”diskriminering” og ved vurderingen av arbeidsgivers adgang til å stille krav i forhold til blant annet språk og kvalifikasjonsbeviser. Dommene som blir trukket inn i oppgaven, gjelder både private og offentlige arbeidsgivere og bestemmelser i kollektive og individuelle avtaler. Som nevnt innledningsvis, mener jeg alle slike situasjoner vil være relevante i forhold til de norske reglene.

4 Diskrimineringsforbudet i et menneskerettslig perspektiv

Forbudet mot diskriminering er et av de klassiske menneskerettskrav. I FN ble prinsippet om at alle mennesker skal behandles likeverdig først slått fast gjennom generelle krav i FN-pakten³³ og FNs verdenserklæring om menneskerettigheter.³⁴ Senere har forbudet blitt gjentatt og presisert i en rekke folkerettslige konvensjoner på ulike områder.

Det nye likebehandlingskapittelet i arbeidsmiljøloven kan i bunn og grunn ses på som en gjennomføring av FNs verdenserklæring om menneskerettigheter i praksis. Både i menneskerettserklæringen og aml. kap. X A er det enkeltindividet som står i fokus. Hver enkelt arbeidstaker har krav på å bli bedømt ut i fra sine kvalifikasjoner og personlige egenskaper, uavhengig av hvordan vedkommende ser ut eller hvor vedkommende kommer fra. Grunnleggende i likebehandlingsprinsippet ligger altså respekten for enkeltindividets *verdighet*, noe som i aml. kap. X A tydeligst er kommet til uttrykk ved definisjonen av trakassering i § 54 C nr. 3, som defineres som en uønsket adferd som finner sted ”*med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet*”.

³³ Charter of the United Nations – June 26, 1945.

³⁴ UN GA/RES/217 A (III) Universal Declaration of Human Rights – December 10, 1948.

Fokuset på enkeltindividet er i samsvar med det som har vært utviklingen på området for likestilling, både internasjonalt og nasjonalt. Mens det var kvinnes rettigheter som gruppe som sto sentralt da likestillingsloven var ny, opererer nå håndhevsorganene med et mer individuelt rettighetsbegrep.³⁵

Sammenhengen med menneskerettighetene kan få betydning på ulike måter for tolkningen av bestemmelsene i aml. kap. X A. Diskrimineringslovgivning åpner for mange vurderinger, som må sies å være av mer politisk enn juridisk art. Et eksempel er vurderingen av når arbeidsgiver lovlig skal kunne nekte bruk av religiøse hodeplagg i forbindelse med en arbeidsuniform. Skal en arbeidsgiver for eksempel kunne nekte en sikh å bruke turban til en politiuniform? Ved vurderinger som dette kan det få betydning at man hele tiden vurderer arbeidsgivers styringsrett opp mot respekt for den enkelte ansattes verdighet og de grunnleggende menneskerettigheter. Jeg kommer nærmere inn på dette i forhold til de ulike diskrimineringssituasjoner som kan oppstå.

5 Diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel X A.

5.1 Innledning

I det følgende redegjøres for innholdet i arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud.

Utgangspunktet er at direkte og indirekte forskjellsbehandling er forbudt, med mindre det foreligger saklige grunner for forskjellsbehandlingen. I punkt 5.3 redegjøres for hva som menes med ”forskjellsbehandling”, og i punkt 5.4 drøftes innholdet av kravet til saklighet.

For at forbudet skal komme til anvendelse, er det en forutsetning at diskrimineringen har skjedd på bakgrunn av et av de oppramsede diskrimineringsgrunnlag i § 54 B. For oppgavens tema er det først og fremst ”nasjonal eller etnisk opprinnelse”, ”hudfarge” og ”religion” som er aktuelt. Jeg skal ikke bruke plass på å avgrense de ulike diskrimineringsgrunnene i § 54 B skarpt mot hverandre, ettersom det i mange

³⁵ Se bl.a. uttalelse i Klagenemndas sak nr. 1/2004.

situasjoner kan være vanskelig å si på hvilket grunnlag diskrimineringen er skjedd. Ofte vil et tilfelle kunne falle inn under flere av disse kriteriene. I aml. § 55 A er begrepene ”rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse” brukt, og i følge forarbeidene til denne bestemmelsen skal man ved forbud mot usaklig diskriminering på disse grunnlag nå over alt det som vanligvis blir omtalt som rasediskriminering eller diskriminering ut fra etnisk opprinnelse.³⁶ Holgersenutvalget legger til grunn at begrepet ”etnisitet” eller ”etnisk opprinnelse” favner om både rase, hudfarge og nasjonal opprinnelse, og også går videre enn dette.³⁷ På bakgrunn av dette vil jeg ta utgangspunkt i at all diskriminering som skyldes ulike sider ved arbeidstakeres utenlandske opprinnelse vil være forbudt etter aml. § 54 B. Diskrimineringsforbudet vil derfor i det følgende bli drøftet uten spesiell tilknytning til de enkelte oppramsede grunnlag. Se punkt 3.2 om hvorvidt ”nasjonalitet” er omfattet av forbudet.

5.2 Begrepet forskjellsbehandling

5.2.1 Generelt

Det nye kapittel X A i arbeidsmiljøloven oppstiller et vidt forbud mot å forskjellsbehandle i arbeidslivet. Selve forbudet står i § 54 B, mens definisjoner av begrepet står i § 54 C. Både direkte forskjellsbehandling, indirekte forskjellsbehandling, trakassering og instruks om å forskjellsbehandle omfattes av forbudet.

Begrepene ”diskriminering” og ”forskjellsbehandling” brukes i dagligtale i stor grad om hverandre. I aml. kap. X A er ”forskjellsbehandling” det sentrale begrep, men ”diskriminering” er inntatt i overskriften til §§ 54 B og 54 D. I denne behandlingen vil ”forskjellsbehandling” bli brukt som et nøytralt og overordnet begrep som dekker alle former for ulik behandling. For å trekke grensene for hva som omfattes av forbudet, skilles det mellom *saklig* og *usaklig* forskjellsbehandling. Begrepet ”diskriminering” vil

³⁶ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. s. 46.

³⁷ NOU 2002:12 s. 229.

bli brukt synonymt med usaklig forskjellsbehandling. Dette samsvarer blant annet med Nemndas praksis og begrepsbruken i forslaget til lov mot etnisk diskriminering.³⁸

5.2.2 Direkte og indirekte forskjellsbehandling

Forbudet i § 54 B retter seg mot både direkte og indirekte forskjellsbehandling, jf. § 54 C nr. 1 og nr. 2. Forskjellen ligger hovedsakelig i at direkte forskjellsbehandling oppfattes som usaklig direkte på basis av et forbudt grunnlag, mens indirekte forskjellsbehandling skjer på et isolert sett legitimt grunnlag, men med skjeve og usaklige virkninger for bestemte grupper. Ofte beskrives direkte diskriminering som like tilfeller som behandles ulikt, mens indirekte diskriminering beskrives som likebehandling av ulike tilfeller.³⁹

Til tross for at begge typer forskjellsbehandling faller inn under lovens forbud, vil det være nødvendig å avgrense disse mot hverandre fordi unntakene i forhold til de to typene diskriminering er noe forskjellig, se nærmere nedenfor. § 54 C nr. 1 og § 54 C nr. 2 har enkelte sammenfallende vilkår, men jeg velger likevel å behandle disse separat. Det kan derfor forekomme enkelte gjentakelser.

5.2.2.1 Direkte forskjellsbehandling

Direkte forskjellsbehandling defineres i lovteksten med at en person av grunner nevnt i § 54 B nr. 1, *behandles dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon*. Et eksempel på dette kan være at en arbeidsgiver i en stillingsutlysning opplyser at bare personer født i Norge vil bli vurdert. Andre eksempler kan være at en arbeidsgiver sorterer bort alle søkere med utenlandske navn, eller lar en arbeidstaker få dårligere videreutdanningsmuligheter på grunn av personens etniske opprinnelse.

Etter sin ordlyd omfatter ”*behandles*” både handlinger og unnlatelser. Eksempel på en unnlatelse som kan være omfattet, er det å ikke innkalle en søker på intervju.⁴⁰ Et annet eksempel kan være å unnlate å gi utlendinger samme arbeidsvilkår som nordmenn. Formålet med aml. kap. X A og anvendelsesområdet taler for at i realiteten alle

³⁸ *ibid.* s. 235.

³⁹ Jf. NOU 2002:12 s. 236.

arbeidsgivers beslutninger faller inn under ”*behandles*”. Dette er også i samsvar med praksis etter likestillingsloven.⁴¹ For eksempel kan saksbehandlingen forut for en ansettelse innebære ulovlig forskjellsbehandling, selv om det ikke er noe å utsette på selve ansettelsesvedtaket.⁴²

Når det gjelder vilkåret ”*dårligere*”, sier ikke lovteksten noe om hvor stor overvekt som må foreligge. I følge forarbeidene skal vilkåret ikke tolkes snevert. Det stilles ikke krav om at arbeidssøker/arbeidstaker stilles kvalifisert dårligere enn den det sammenlignes med. På den annen side må det kreves mer enn en bagatellmessig forskjell i behandling.⁴³

Hensynet til likebehandling kan tilsi at subjektive følelser hos den som blir utsatt for handlingen skal tillegges vekt ved vurderingen av om vedkommende er blitt behandlet ”*dårligere*” enn andre, ettersom en følelse av å bli forskjellsbehandlet kan påvirke en gruppes ønske og vilje om å delta i arbeidslivet. På den annen side vil den subjektive følelse være svært personavhengig. En situasjon hvor arbeidstakeren føler seg dårligere behandlet enn andre, uten at vedkommende objektivt sett er blitt dårligere behandlet, vil derfor antakeligvis ikke kunne regnes som direkte forskjellsbehandling slik dette er definert i § 54 C 1. Når det gjelder bedømmelsen av om en person på grunn av en tilsynelatende nøytral handling virker slik at vedkommende stilles dårligere enn andre, vil imidlertid arbeidstakerens subjektive oppfatning av situasjonen kunne ha betydning. Se nærmere under punkt 5.2.2.2 om indirekte diskriminering.

Et lignende spørsmål er om det kreves at handlingen eller unnlatelsen skjer med den *hensikt* å forskjellsbehandle på det ulovlige grunnlaget, eller om det er tilstrekkelig at handlingen fører til et diskriminerende resultat, uavhengig av skyld hos den som handler. Et eksempel kan være at arbeidsgiver på bakgrunn av holdninger og stereotypier handler slik at en person eller persongruppe blir svakere stilt enn andre, uten at han selv er oppmerksom på at det foreligger etnisk diskriminering. Et annet eksempel er hvor en arbeidsgiver ikke selv behøver å ha noen personlige fordommer

⁴⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

⁴¹ Se bl.a. uttalelse i Klagenemndas sak nr. 3/03.

⁴² Se bl.a. Klagenemndas sak nr. 5/88.

⁴³ Regeringens proposition 1997/98:177, s. 25 og 30.

overfor etniske minoriteter, men kan utøve direkte forskjellsbehandling ut fra en formodning om at andre medarbeidere eller kunder ikke vil kunne akseptere ansettelse av etniske minoriteter.⁴⁴

Etter ordlyden i § 54 C nr. 1 oppstilles ikke noe krav om diskriminerende hensikt fra arbeidsgivers side. I forarbeidene begrunnes dette blant annet med at det kan tenkes en rekke situasjoner hvor diskriminering blir det reelle resultat av en opptreden/behandling, uten at behandlingen eller følgen av den nødvendigvis kan anses som uaktsom eller forsettlig fra arbeidsgivers side.⁴⁵ Likestillingsloven har vært tolket på samme måte. Etter likestillingslovens forarbeider er det unødvendig med direkte bevis for at forskjellsbehandlingen skyldes den utsattes kjønn.⁴⁶ Dette begrunnes med at *”man da ville komme opp i nokså håpløse bevisspørsmål. Meningen er å gå lenger og ikke bare se på de subjektive forhold, men undersøke om handlingen som stiller kvinner og menn ulikt saklig sett kan begrunnes på andre måter enn med kjønnsforskjellen”* Det er nok at det *”ikke er mulig å finne noen saklig begrunnelse”* når de ytre omstendigheter tyder på at klagerens kjønn meget vel kan ha vært fremme.⁴⁷

Nemndas praksis er i samsvar med oppfatningene i forarbeidene⁴⁸ og har blant annet gitt følgende begrunnelse: *”En fare er at kvinners fortrinn nedtones, mens menns blir oppvurdert. Dette behøver ikke å være gjort bevisst. Mer ubevisste forestillinger om at menn er bedre egnet enn kvinner kan føre til at en arbeidsgiver lettere lar seg overbevise om lederegenskapene til en mannlig søker enn til en kvinnelig søker. Derved er det foretatt en forskjellsbehandling av kjønnene, og hvis dette er utslagsgivende, vil ansettelsen være begrunnet i kjønn i strid med likestillingsloven (...).”*⁴⁹

EF-domstolen har også tolket begrepet ”direkte diskriminering” slik at ”ubevisst diskriminering” omfattes.⁵⁰

⁴⁴ Jf. Justesen, s. 325.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 36.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) s. 26.

⁴⁷ ibid. s. 26 og 28.

⁴⁸ Se bl.a. uttalelse i sak nr. 3/88.

⁴⁹ Klagenemndas sak nr. 8/88.

⁵⁰ Se sakene 177/88, 179/88, 421/92 og 32/93.

På bakgrunn av dette må forbudet mot direkte forskjellsbehandling i § 54 C nr. 1 også omfatte tilfeller der handlingen eller unnlatelsen skjer uten den hensikt å forskjellsbehandle på det ulovlige grunnlaget.

Det er heller ikke noe krav i lovteksten om *at motivet for handlingen eller unnlatelsen har kommet klart frem*. I følge forarbeidene kan direkte forskjellsbehandling forekomme selv om motivet er skjult, det vil si uavhengig av om den som diskriminerer åpent innrømmer motivet eller tier om det. Dette kan kalles direkte, skjult forskjellsbehandling. En arbeidsgiver vil da diskriminere direkte selv om han/hun ikke gir uttrykk for spesielle krav i annonsen, men like fullt siler søkerne for eksempel på grunnlag av deres etniske opprinnelse når søknadene mottas. Denne forståelsen er i samsvar med den tolkning av begrepet som EF-retten har lagt til grunn blant annet med hensyn til diskriminering på nasjonalt grunnlag. I O'Flynn-saken⁵¹ vedrørende artikkel 7 i rådsforordning nr. 1612/68 om fri bevegelighet av arbeidskraft, uttalte EF-domstolen at ikke bare den åpenlyse diskriminering, men også ”enhver form for skjult forskjellsbehandling, som ved anvendelse af andre kriterier reelt fører til samme resultat”, innebar en krenkelse av forordningen.

I forhold til likestillingslovgivningen har håndhevingsorganene i flere saker lagt til grunn at en forbigåelse kan være i strid med diskrimineringsforbudet hvis det *er noe å utsette på et eller flere ledd i ansettelsesprosessen*, selv om det sannsynliggjøres at kvinnen uansett ikke ville fått stillingen, for eksempel fordi en annen var bedre kvalifisert.⁵² Diskrimineringsforbudet kommer altså i prinsippet til anvendelse på alle trinn i saksbehandlingen.⁵³ Likestillingsnemnda har i en sak blant annet konkludert med at saksbehandlingsrutinene var i strid med diskrimineringsforbudet fordi ansettelsesmyndigheten hadde unnlatt å samtale med søkeren for å avklare hennes arbeidsforhold.⁵⁴ I en annen sak konkluderte Nemnda med at den hadde utilstrekkelig grunnlag for å slå fast at selve forbigåelsen var i strid med diskrimineringsforbudet. Derimot var saksbehandlingen i strid; vedtaket var ikke fattet på grunnlag av konkrete

⁵¹ Sak 237/94 (John O'Flynn mot Adjudication Officer), premiss 17.

⁵² Se bl.a. Klagenemndas sak nr. 5/86.

⁵³ Jf. uttalelse i Klagenemndas sak nr. 3/99.

⁵⁴ Klagenemndas sak nr. 6/87.

opplysninger eller undersøkelser vedrørende den ansatte mannens kvalifikasjoner.⁵⁵ I følge Nemnda er ”saksbehandlingen i seg selv (...) en handling som må vurderes ut fra likestillingslovens § 3.”

Hva regnes så som en ”*tilsvarende situasjon*”? Ordlyden tilsier at det må være mulig å sammenligne de to tilfellene. Dette er også hensikten i følge forarbeidene, hvor det pekes på at sammenligningen må foretas med utgangspunkt i relativt likeartede situasjoner.⁵⁶ Hvorvidt det foreligger eller ville foreligget en ”*tilsvarende situasjon*” må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, ut fra en sammenligning av situasjonen til den som hevder seg forskjellsbehandlet med andres situasjon. To søkere med ulike faglige kvalifikasjoner vil ikke nødvendigvis være i en sammenlignbar situasjon. For allerede ansatte kan likeartet situasjon være likeverdige arbeidsoppgaver, utdanning og erfaring. Om hva som anses for ”arbeid av lik verdi” etter likestillingsloven § 5 har Klagenemna uttalt at det avgjørende er ”*ei samanlikning mellom dei oppgåvene som faktisk vert gjort. Dersom desse arbeidsoppgåvene er heilt like, vil vi ha eit klårt tilfelle av ”arbeid av lik verdi”. Det er likevel nesten alltid mogeleg å vise til nokre skilnader i arbeidsoppgaver. Arbeid som har mykje likskap utan å være heilt likt, kan difor vere av ”lik verdi”.*”⁵⁷

Det nye kapittelet oppstiller ikke noe krav om samtidighet for sammenligningstilfellene, jf. ordlyden ”*blir, er blitt eller ville blitt behandlet*”. Det er ikke en gang nødvendig at det sammenlignes med et reelt tilfelle. Så lenge det er sannsynlighetsovervekt for at for en annen ville blitt behandlet bedre i en tilsvarende situasjon, er sammenligningskriteriet oppfylt.

5.2.2.2 Indirekte forskjellsbehandling

Indirekte forskjellsbehandling defineres i lovteksten som ”*enhver nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 54 B nr. 1, med mindre formålet er saklig, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige.*”, jf. § 54 C nr.2. Forbudet omfatter altså handlinger det tilsynelatende ikke er noe formelt sett galt

⁵⁵ Klagenemndas sak nr. 5/88.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

⁵⁷ Klagenemndas sak nr. 8/99.

med, men som i praksis får en uforholdsmessig stor negativ eller uønsket virkning for visse grupper. Begrepet kompliserer forbudet mot å forskjellsbehandle på grunn av etnisk opprinnelse m.v., fordi det til en viss grad løsriver diskrimineringsbegrepet fra de forbudte diskrimineringsgrunner. Den indirekte forskjellsbehandling kan derfor være komplisert å få øye på. Det kan skje gjennom annonsering, rekruttering gjennom sosiale nettverk eller interne jobboppslag, og det kan relateres til for eksempel språk- eller høydekrav, som ikke har betydning for innfrielse av jobbkravene. Et eksempel kan være at en arbeidsgiver uten saklig grunn krever at alle hans ansatte skal være over 175 cm. høye.⁵⁸ Under punkt 6 vil jeg se nærmere på forskjellige typer krav som kan innebære indirekte diskriminering.

Det er viktig å merke seg at det i § 54 C nr. 2 ikke foreligger et *direkte forbud* mot bruk av en tilsynelatende nøytral bestemmelse m.v., som stiller personer av for eksempel en bestemt nasjonal opprinnelse særlig ufordelaktig. I følge ordlyden vil det ikke foreligge noen indirekte forskjellsbehandling dersom den aktuelle bestemmelse, betingelse m.v. er objektivt begrunnet i et saklig formål, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er proporsjonale i forhold til målet. Et generelt unntak er altså inntatt som en begrensning av selve begrepet indirekte diskriminering. Ettersom dette unntak langt på vei samsvarer med det unntak som etter § 54 D nr. 1 gjelder i forhold til direkte forskjellsbehandling, behandler jeg dette sammen i punkt 5.3.

Kravet om at handlingen skal ha virket slik at en person "*stilles dårligere*" enn andre, kan by på problemer i praksis. Et spørsmål er om handlingen må ha gitt seg utslag i *konkrete virkninger*, eller om det er tilstrekkelig at handlingen er *egnet* til å svekke stillingen til arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse på arbeidsmarkedet. Et eksempel kan være at en utenlandsk arbeidstaker mener seg forbigått til en jobb i et rengjøringsbyrå på grunn av det språkkrav arbeidsgiveren har oppstilt. Arbeidstakerens kvalifikasjoner gjør det imidlertid sannsynlig at det ikke er språkkravet som er grunnen til at han ikke fikk jobben. I slike tilfeller vil det strenge språkkravet kun være *egnet* til å svekke utenlandske arbeidstakerses stilling på arbeidsmarkedet.

Nemnda har uttalt seg om kravet til konkrete virkninger i forbindelse med den tilsvarende bestemmelsen i likestillingsloven. Sak nr. 10/92 gjaldt en kvinne som ikke

⁵⁸ Regeringens proposition 97/98:177 s. 22.

hadde fått fornyet et vikariat for den perioden hun hadde permisjon. Etter permisjonen fikk hun imidlertid stillingen tilbake. Saken kom opp for Nemnda flere år senere, på bakgrunn av en klage fra kvinnen om at hun hadde gått glipp av en fast ansettelse på grunn av redusert ansiennitet. I forhold til redusert ansiennitet uttalte Nemnda på generell basis at ”*en handling kunne være i strid med loven dersom den ut fra sin art er egnet til å ramme det ene kjønn på urimelig måte, uansett om det er mulig å påvise direkte skadevirkninger i det konkrete tilfelle*”. Nemnda kom til at det ikke var mulig å påvise direkte skadevirkninger i det konkrete tilfelle, ettersom kvinnen, om hun så hadde beholdt vikariatet under permisjonen, uansett ikke ville fått tilstrekkelig ansiennitet. Derimot ble svekket ansiennitet ansett *egnet* til å svekke kvinners stilling generelt. Det at kvinnen ikke hadde hatt noen konkrete ulemper ble imidlertid tatt med i urimelighetsvurderingen, og resulterte i at urimelighetskravet ikke ble ansett oppfylt.

Nemndas generelle uttalelse har relevans i forhold til arbeidsmiljøloven, slik at det kan være grunn til å la forbudet i aml. § 54 B, jf. § 54 C nr 2 omfatte også handlinger som er *egnet* til å svekke stillingen til arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse på arbeidsmarkedet. Formålet med loven er å sikre likebehandling i arbeidslivet, og en slik forståelse vil styrke diskrimineringsforbudet som et redskap til å oppnå dette mål. På den annen side er det en forskjell i ordlyden mellom likestillingsloven og arbeidsmiljøloven, ettersom aml. § 54 C nr 2 rammer handlinger som faktisk virker slik at ”*en person*” stilles dårligere enn andre, mens likestl. § 3, 3. ledd⁵⁹ mer generelt retter seg mot handlinger som faktisk virker slik at ”*det ene kjønn*” stilles dårligere enn det annet.

EF-domstolen har lagt til grunn at det ved vurderingen av om det foreligger indirekte forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet, er tilstrekkelig å fastslå at den aktuelle handling er *egnet* til å ramme flere utenlandske enn innenlandske arbeidstakere og dermed risikerer å stille de utenlandske arbeidstakerne dårligere.⁶⁰

Et annet spørsmål er om arbeidstakers *subjektive oppfatning* av å ha havnet i en dårligere stilling enn andre, vil kunne ha betydning. Det følger av forarbeidene at begrepet indirekte forskjellsbehandling ikke skal forbeholdes objektivt konstaterbare

⁵⁹ Før lovendring 1. juli 2002: § 3, 2. ledd, 2. pkt.

⁶⁰ Se bl.a. sak 237/94 (John O’Flynn mot Adjudication Officer) premiss 20.

virksomheter, men også omfatte en persons subjektive oppfatning om at vedkommende blir utsatt for indirekte diskriminering.⁶¹ Dette skiller seg fra den direkte forskjellsbehandling. I forhold til den tilsvarende bestemmelsen i likestillingsloven har Nemnda i sin praksis lagt til grunn at dersom det er tvil om en virkning skal karakteriseres som negativ eller positiv, må det være arbeidstakerens oppfatning av situasjonen som er avgjørende. Dette var blant annet tilfelle i Klagenemndas sak nr. 6/2004, hvor en arbeidstaker hadde blitt tatt ut av hovedlisten og plassert på egen liste da hun gikk ut i fødselspermisjon og dermed ikke fikk gjeninntre i samme tjeneste etter endt permisjon. Arbeidstaker oppfattet det som et tilbakesteg i egen karriere å bli omplassert, noe arbeidsgiver var uenig i. I forhold til vilkåret ”dårligere stilling” i likestillingsloven § 3, 3. ledd, uttalte Nemnda: *”Klagenemnda tar ikke standpunkt til om det objektivt sett er bedre å arbeide i Kontrollavdelingen enn i Tollavdelingen (...). Poenget må være at A ønsket å beholde arbeidet i Kontrollavdelingen og at en nektelse derfor representerte et tap for henne.”*⁶² Vigerust legger til grunn samme synspunkt.⁶³ Mye taler derfor for at arbeidstakerens subjektive oppfatning av virkningen vil kunne vektlegges i tilfeller hvor det foreligger uenighet. Det vil imidlertid sannsynligvis måtte trekkes en grense mot en rent subjektiv oppfatning av å ha blitt dårligere stilt. Dersom en person ikke objektivt sett er blitt dårligere stilt, men er såret og føler seg krenket, vil det etter ordlyden være mer naturlig å karakterisere situasjonen som trakassering.⁶⁴

Nevnes kan her en sak for Nemnda hvor en lærer etter endt permisjon ikke hadde fått tilbake sin tidligere funksjon som klassestyrer i sin ”egen” klasse. Arbeidsoppgavene var imidlertid likeverdige med dem hun tidligere hadde hatt, og det ble stilt de samme kvalifikasjonskrav som tidligere. At læreren måtte forholde seg til andre barn enn de hun kjente fra før, ble ikke ansett å være tilstrekkelig grunn til å si at hun fikk endrede oppgaver. Nemnda mente derfor at hun ikke var i en situasjon der hun på urimelig måte var kommet dårligere ut.

På samme måte som for direkte forskjellsbehandling oppstilles det ikke noe krav til arbeidsgivers *skyld* for at indirekte forskjellsbehandling skal kunne sies å foreligge.

⁶¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 36.

⁶² Se også sak 13/2003.

⁶³ Vigerust, s. 205.

⁶⁴ Jf også Vigerust, s. 206.

Bestemmelsen tar jo nettopp sikte på også å fange opp de tilfeller der arbeidsgiver ikke nødvendigvis har ment å diskriminere.

I noen situasjoner kan det være vanskelig å trekke skillet mellom hva som er direkte, skjult forskjellsbehandling, og hva som er indirekte forskjellsbehandling. Et eksempel kan være en arbeidsgiver som skriver i en stillingsannonse at kvinner med skaut er uønskede, mens han noe senere i en ny annonse stiller krav til bruk av uniform (som utelukker skaut).⁶⁵ Den første annonsen vil antakeligvis innebære en *direkte* forskjellsbehandling på grunn av etnisk opprinnelse eller religion, men hva med den andre annonsen? Er det indirekte forskjellsbehandling, eller direkte, skjult forskjellsbehandling? Svaret vil måtte bero på en konkret vurdering. Dersom det finnes bevis for at uniformeringskravet kun stilles for å dekke over at kvinner med skaut er uønsket, vil det innebære en direkte, skjult forskjellsbehandling. Uansett vil det måtte vurderes om forskjellsbehandlingen er saklig begrunnet.

5.2.3 Trakassering og instruks om forskjellsbehandling

Trakassering omfattes også av forbudet mot forskjellsbehandling i lovens § 54 B, jf. § 54 C nr. 3. Etter ordlyden anses det som trakassering når en *”uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet”*. Forbudet er ikke begrenset til arbeidsgivers opptreden; både trakassering mellom arbeidstakere, og tilfeller hvor arbeidstakere trakasserer arbeidsgiver, vil falle inn under bestemmelsens ordlyd.⁶⁶

Forbud mot trakassering av arbeidstakere er ikke nytt i arbeidsmiljøloven. Aml. § 12 inneholder et generelt forbud mot at arbeidstakere utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden. Bestemmelsen vil kunne brukes på de samme forhold som § 54 nr. 3 C, men den nye regelen vil likevel ikke være uten betydning. For det første vil en arbeidstaker som har vært utsatt for trakassering nå kunne kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. For det andre er bevisbyrden delt, slik at det blir opp til arbeidsgiver eller den som angivelig har trakassert å sannsynliggjøre at slik trakassering

⁶⁵ Se Justesen, s. 208.

⁶⁶ Jf. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 36.

ikke har funnet sted. Det vil altså være lettere for arbeidstakere å vinne frem i en sak om trakassering etter kapittel X A enn etter § 12.

Dersom det kan føres bevis for at trakassering er utført med den ”hensikt” å krenke en annens verdighet, vil forholdet også være å anse som en forsettlig overtredelse av loven, underlagt straffesanksjonering etter aml. § 85.⁶⁷

Begrepet ”trakassering” favner om en rekke ulike forhold; både av verbal, ikke-verbal og fysisk art. Fellesbetegnelsen er at handlemåten er sjikanøs eller plagsom, at den er uønsket fra fornærmedes side og at den gjentar seg eller har vedvarende karakter.⁶⁸ En dom inntatt i RG 2001 s. 1226 (Borgarting) kan brukes som eksempel. En mann av pakistansk opprinnelse hadde i løpet av en periode på tre år forholdsvis ofte blitt kalt ”svarting”, ”svartskalle” og ”sotskalle” av sin overordnede på arbeidsplassen. Andre ansatte hadde også kommet med rasistiske utsagn mot arbeidstakeren ved forskjellige anledninger. Lagmannsretten fant at ”Slik opptreden utgjør (...) en helt utvilsom trakassering”.⁶⁹ Andre eksempler på ulovlig trakassering kan være bilder, beskjeder eller e-post med krenkende eller rasistisk innhold, og utestenging fra vanlige fellesskap på arbeidsplassen.⁷⁰

I lovteksten stilles det altså som vilkår at den aktuelle adferd har til hensikt eller fører til at en annens verdighet krenkes. I den tilsvarende bestemmelsen i direktivet oppstilles i tillegg et krav om at adferden skal ”*skabe et truende, fjendtilig, nedværdigende, ydmygende eller ubehagelig klima*”. I følge forarbeidene til kapittel X A vil det i praksis alltid være nedværdigende eller ydmykende for en arbeidstaker å få sin verdighet krenket.⁷¹ Det antas derfor ikke å være noen forskjell mellom direktivtekst og lovtekst. Denne fortolkningen er jeg ikke enig i. Direktivteksten er etter min mening strengere enn den norske lovteksten, i og med at det kreves *både* en krenkelse av den berørte persons verdighet *og* at arbeidsmiljøet påvirkes negativt for at trakassering kan sies å

⁶⁷ *ibid.* s. 37.

⁶⁸ Jf. NOU 2002:12 s. 243.

⁶⁹ Saken omhandlet aml. § 12, 1. ledd, men ettersom trakasseringsbegrepet i aml. § 54 C nr. 3 er ment som en videreføring av § 12, 1. ledd, ville retten ha kommet til samme resultat etter den nye bestemmelsen.

⁷⁰ Jf. Ombudsmannen for etnisk diskriminering (Sverige), *Råd til arbetsgivare för etnisk mångfald*, s. 8.

⁷¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 37.

foreligge. Det er imidlertid ikke noe i veien for at den norske lovbestemmelsen går lengre enn direktivet i å beskytte arbeidstakerne, ettersom formålet fra Norges side var å skape en diskrimineringslovgivning som *minst* er på høyde med kravene som stilles i EU.⁷² Det kan likevel være grunn til å være oppmerksom på forskjellen når det kommer praksis fra EF-domstolen i forbindelse med direktivet.

Instruks om å forskjellsbehandle omfattes også av forbudet i kap. X A, jf. § 54 C nr. 4. Etter denne bestemmelsen vil enhver slik instruks være forbudt, uavhengig av om instruksen følges eller ikke. Der ordren eller instruksjonen fører til at noen blir diskriminert, vil situasjonen være regulert av de øvrige bestemmelser i kapitlet.⁷³ I følge forarbeidene skal forbudet også omfatte instruks om å trakassere.

Begrepet "*instruks*" defineres ikke verken i lovteksten eller i direktivet. I følge Holgersenutvalget må meningen være å ramme ordrer, retningslinjer, formaninger, oppfordringer etc. overfor en eller flere personer om å diskriminere på etnisk grunnlag, ut fra den tanke at ikke bare den som diskriminerer, men også de som står bak diskrimineringen bør rammes av forbudet.⁷⁴ Et eksempel kan være en arbeidsgiver som ber de rekrutteringsansvarlige om å se bort fra søknader fra personer med utenlandske navn.

5.3 Saklighetsvurderingen

5.3.1 Direkte forskjellsbehandling

I § 54 D nr. 1 oppstilles et generelt unntak fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling. Det er først og fremst denne vurderingen som vil by på problemer i praksis. Innholdsmessig er unntaksbestemmelsen i overensstemmelse med rammedirektivets artikkel 4 nr. 1.

Til tross for at det bare er i forhold til *formålet* at begrepet "*saklig*" brukes, velger jeg å betegne hele vurderingen en "*saklighetsvurdering*". Unntaksbestemmelsen går ut på hva arbeidsgiver *begrunner* forskjellsbehandlingen med. Hvis et av de tre vilkår ikke anses oppfylt, vil begrunnelsen betegnes *usaklig*, og diskriminering være et faktum. Dette er i

⁷² *ibid.* s. 14.

⁷³ *ibid.* s. 37.

samsvar med terminologibruken etter likestillingsloven,⁷⁵ og tilsvarer også ordlyden i den tidligere § 55 A, 2. ledd, 2. pkt. i arbeidsmiljøloven. I forhold til kapittel X A vil bruken av begrepene *saklig* eller *usaklig* altså være betegnelsen på det *resultat* man kommer til etter en vurdering av de tre krav som oppstilles i § 54 D nr. 1.

I forhold til EF-traktaten art. 39 om ikke-diskriminering av arbeidstakere, gjelder en ulovfestet unntaksregel som tilsvarer aml. § 54 D nr. 1. EF-domstolen fastslo i Bosman-saken⁷⁶ at hindringer er tillatt hvis de forfølger et *legitimt formål som er forenelig med EF-traktaten*, er *egnet til å sikre gjennomføringen av dette mål*, og ikke går ut over hva som er *nødvendig* for å nå dette mål.⁷⁷ Denne saklighetsvurdering tilsvarer den såkalte ”Bilka-testen”⁷⁸ vedrørende indirekte kjønnsdiskriminering. Saklighetsvurderingen tilsvarer også de krav EF-domstolen stilte opp i O’Flynn-saken⁷⁹ for at krav som indirekte henger sammen med nasjonalitet kan være lovlige. En medlemsstat eller en arbeidsgiver vil imidlertid ha bevisbyrden for at det foreligger et unntakstilfelle, og EF-domstolen har slått fast at det skal sterke grunner til for å gjøre unntak fra traktatens grunnprinsipper.⁸⁰

Kravet er i følge ordlyden i aml. § 54 D nr. 1 at forskjellsbehandlingen har et *saklig formål*, ikke er *uforholdsmessig inngripende* og er *nødvendig* for utøvelsen av arbeid eller yrke. Det gis ingen nærmere anvisninger på hva som faller inn under lovens unntak. I følge lovens forarbeider er utgangspunktet at unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt, for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.⁸¹ Dette er i samsvar med tolkningen av likestillingsloven, hvor det følger av praksis at direkte forskjellsbehandling kun er tillatt på ulovfestet grunnlag i meget snevre unntakstilfeller.⁸² I følge forarbeidene til aml. § 55 A ville oppdragsgivers eller andres personlige preferanser om en særskilt etnisk opprinnelse ikke anses som en ”*saklig*

⁷⁴ NOU 2002:12 s. 245.

⁷⁵ Se for eksempel Klagenemndas sak nr. 1/2004.

⁷⁶ Sak 415/93 (Union Royale belge des sociétés de football association ASBL mot Jean-Marc Bosman).

⁷⁷ Premiss 105-114.

⁷⁸ Oppkalt etter sak 170/84 (Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz).

⁷⁹ Sak 237/94 (John O’Flynn mot Adjudication Officer).

⁸⁰ Se sak 53/81 premiss 13, jf. Sejersted m.fl., s. 254.

⁸¹ Ot.prp nr. 104 (2002-2003) s. 40.

⁸² Se bl.a. uttalelse i Klagenemndas sak nr. 1/2004.

grunn”⁸³ etter den bestemmelsen. At etniske grupper står steilt mot hverandre slik at det kan tenkes å påvirke arbeidsmiljøet, kan som utgangspunkt heller ikke være avgjørende.

Vilkåret ”*nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke*” er kanskje det mest sentrale i saklighetsvurderingen. Kravet tilsvarer rammedirektivets artikkel 4 nr. 1 som lyder: ”*der den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav (...)*”. I forhold til den tilsvarende unntaksadgang i rådsdirektiv 2000/43/EF har Kommisjonen uttalt at dette bare bør omfatte de yrkeskvalifikasjoner som er absolutt nødvendige for å utføre ervervsvirksomheten. Som eksempel angis teaterforestillinger der det kreves at skuespillerne har en viss etnisk tilhørighet for å kunne gjøre rollen troverdig. I enkelte modelloppdrag kan også etnisk forskjellsbehandling tenkes å være ”nødvendig”.⁸⁴

Nemnda har gjennom sin praksis i forhold til likestillingsloven lagt til grunn at bedømmelsen av arbeidsgivers begrunnelse må underlegges en objektiv målestokk.⁸⁵

5.3.2 Indirekte forskjellsbehandling

Som nevnt under punkt 5.2.2.2 er det i § 54 C nr. 2 inntatt et generelt unntak som en begrensning av selve begrepet indirekte diskriminering. Ordlyden er noe forskjellig når det gjelder unntaksbestemmelsen i § 54 D nr. 1 og det unntak som gjelder indirekte forskjellsbehandling. Hovedforskjellen ligger i at § 54 C nr. 1 oppstiller krav om at forskjellsbehandlingen må være ”*nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke*” og ikke være ”*uforholdsmessig inngripende*”, mens det i § 54 C nr. 2 kreves at midlene som er valgt for å oppnå formålet må være ”*nødvendige*” og ”*hensiktsmessige*”. Etter ordlyden åpnes det derfor for en noe videre ”unntaksadgang” for indirekte forskjellsbehandling enn for direkte forskjellsbehandling, uten at det nødvendigvis er lett å fastslå den konkrete forskjell i begrepenes innhold. En videre unntaksadgang kan begrunnes med at forskjellsbehandlingen her ikke skjer direkte på grunn av de forbudte diskrimineringsgrunnlag, og derfor i mange tilfeller kan være helt legitim.⁸⁶ Denne

⁸³ Jf. Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 47.

⁸⁴ *ibid.* s. 46.

⁸⁵ Se bl.a. Klagenemndas sak nr. 5/86.

⁸⁶ Jf. også Justesen, s. 211.

forståelsen støttes av praksis i forhold til likestillingsloven, hvor Nemnda blant annet har presisert: ”*direkte diskriminering er forbudt, med kun en snever unntaksmulighet. Dersom det dreier seg om indirekte forskjellsbehandling, er unntaksmulighetene større.*”⁸⁷ På likestillingsområdet er det da også bare indirekte forskjellsbehandling som har en lovfestet unntaksadgang, mens unntaksadgangen for direkte forskjellsbehandling følger av praksis. I forhold til prinsippet om fri flyt av arbeidskraft er det på den annen side i utgangspunktet ingen forskjell mellom unntaksadgangen for direkte og for indirekte forskjellsbehandling.⁸⁸

Selve lovteksten gir ingen forklaring på hva som menes med *saklig formål* og ”*hensiktsmessige og nødvendige*” midler. Det vil måtte bero på en konkret vurdering om vilkårene er oppfylt.⁸⁹ For likestillingsloven er det nærmere innholdet av disse kriteriene definert av likestillingsombudets og Klagenemnda for likestilling sin praksis, og følger også av EF-domstolens praksis.

Vilkåret *saklig formål* må vurderes både i forhold til det område saken gjelder, og i forhold til arbeidsgiverens situasjon. I følge forarbeidene til likestl. § 3, 4. ledd betyr kravet om saklighet først og fremst at begrunnelsen skal bygge på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv. som likebehandling vil innebære.⁹⁰ Det skal foretas en objektiv vurdering av begrunnelsen; slik at vurderingen av om formålet er saklig kan og skal overprøves ved en eventuell etterfølgende tvist. Formålet med handlingen vil være en vesentlig faktor i vurderingen av hvilke handlinger og unnlater som er hensiktsmessige og nødvendige for å nå målet.⁹¹ Ivaretagelse av *sikkerheten* på arbeidsplassen er et eksempel på et formål som vil kunne anses saklig. Ønsket om å *hindre spredning av smitte* er også brukt som eksempel i teorien.⁹² Det kan imidlertid reises spørsmål ved om dette i virkeligheten vil godtas. I

⁸⁷ Klagenemndas sak nr. 1/2004.

⁸⁸ Jf. kravene som ble oppstilt i henholdsvis Bosman-saken (direkte diskriminering) og O’Flynn-saken (indirekte diskriminering).

⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 36.

⁹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) om lov om endringer i likestillingsloven mv. s. 112.

⁹¹ Se NOU 2002:12 s. 243.

⁹² H. K. Nielsen m.fl., s. 89.

den såkalte Henki-saken⁹³ vedrørende oppsigelse i arbeidsforhold slo Høyesterett fast at det ikke er adgang til å legge vekt på at en person har fått en ikke-smittefarlig sykdom. Det ble lagt til grunn at selv om publikum var engstelig for smitte, kunne arbeidsgiver likevel ikke lovlig legge vekt på dette. På bakgrunn av dette er det grunn til å tro at Høyesterett vil stille strenge krav til reell smittefare for at et slikt formål kan anses ”saklig”. Temaet vil typisk kunne reise seg i saker om bruk av religiøse hodeplagg på arbeidsplassen, se nedenfor under punkt 6.2.3.

Ordlyden i den norske lovteksten avviker her noe fra direktivteksten, hvor det kreves at handlingen ”*er objektivt begrundet i et legitimt mål*”. I forarbeidene er ikke denne ulikhet kommentert. Det må antas at vilkårene er sammenfallende.

Et annet vilkår i saklighetsvurderingen er at midlene som er valgt for å oppnå formålet skal være *nødvendige*. I følge forarbeidene til likestl. § 3 ligger det i dette vilkåret at det ikke skal være praktisk mulig å velge andre og ikke-diskriminerende handlingsalternativ.⁹⁴ Om det samme kan oppnås uten at det fører til ulik behandling, vil handlingen være diskriminerende. Et eksempel kan være det legitime formål at bussjåfører som ansettes i et selskap skal kunne kommunisere med de syke og sinnssyke passasjerer. Dette formål kan oppnås på andre måter enn ved å stille krav om flytende skriftlige og muntlige norskkunnskaper.⁹⁵

Det siste punkt i saklighetsvurderingen er om midlene som er valgt for å oppnå formålet er *hensiktsmessige*. Både i den tilsvarende bestemmelsen i likestillingsloven og i EF-retten brukes her begrepet ”*egnet*”.⁹⁶ Begrepene er forskjellige, men vil etter en naturlig språklig forståelse kunne favne om de samme tilfeller. En slik forståelse er også forutsatt blant annet i likestillingslovens forarbeider.⁹⁷ Jeg vil derfor legge til grunn at de to begrepene skal tolkes på samme måte. I følge de nevnte forarbeidene gir kravet en

⁹³ Rt. 1988 s. 595.

⁹⁴ Jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s.112.

⁹⁵ Se også Justesen, s. 329.

⁹⁶ Se likestl. § 3, 4. ledd, jf. sakene ”Bilka”, ”Bosman” og ”O’Flynn”.

⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 33.

anvisning på en konkret vurdering av om den aktuelle handlingen faktisk bidrar, eller vil kunne bidra til å oppnå det oppstilte formål.⁹⁸

I tillegg til kravene om egnethet, nødvendighet og saklig formål, inneholder likestil. § 3, 4. ledd et krav om at middelet som er valgt ikke må være ”*uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet*”. I følge forarbeidene krever vilkåret en interesseavveining der det blant annet skal legges vekt på hensynet til likestilling og handlingens konsekvenser. Hensynet til den som forskjellsbehandler og dennes begrunnelse for handlingen, skal altså veies mot hensynet til likestilling og de konsekvenser handlingen får for den som forskjellsbehandles. Aml. § 54 C nr. 2 inneholder ikke noe tilsvarende vilkår. Et spørsmål er derfor om likestillingsloven med dette går *lengre* enn aml. kap X A i å forby indirekte forskjellsbehandling, eller om en konsekvensvurdering allerede følger av de andre vilkårene.

Forholdsmessighetsvilkåret i § 3, 4. ledd er i følge forarbeidene til likestillingsloven en kodifisering av praksis. Nemnda har lagt til grunn at en handling kan være ulovlig selv om den i og for seg har en saklig begrunnelse, hvis konsekvensene av handlingen er at det ene kjønn utsettes for ulemper av betydning. I EF-retten er det mer uklart hvilken betydning handlingens konsekvenser skal ha.

Til tross for at ordlyden i aml. § 54 C nr. 2 ikke gir anvisning på noen konsekvensvurdering, kan det hevdes at dette bør stå sentralt også her. For det første er det forutsatt at aml. kap. X A skal være i overensstemmelse med likestillingsloven. For det andre taler kapittelets formål om likebehandling i arbeidslivet for at konsekvensen for den enkelte og for dem handlingene potensielt rammer, bør tillegges vekt. For det tredje kan en konsekvensvurdering til en viss grad sies å følge særlig av kravet til hensiktsmessighet, men også av kravet til nødvendighet. Forutsetningene om hensiktsmessighet og nødvendighet uttrykker i EF-retten et krav om *proporsjonalitet* mellom middel og mål,⁹⁹ og konsekvensene for arbeidstaker vil her naturlig komme inn under den konkrete vurdering.

⁹⁸ ibid. s. 112.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 33.

Avgjørelsen av om det foreligger en tilstrekkelig saklig begrunnelse for forskjellsbehandling, vil måtte tas etter en konkret vurdering. Under punkt 6 kommer jeg nærmere inn på saklighetsvurderingen i forhold til ulike typer krav fra arbeidsgiver.

6 Forbudets virkning i praksis

6.1 Innledning

Under dette punkt rettes fokuset mot typiske situasjoner i arbeidslivet hvor diskriminering kan forekomme. Jeg konsentrerer meg om krav som kan oppstilles ved utlysning og før og under et ansettelsesforhold. Arbeidsgivers adgang til å stille krav om språkkunnskaper, kvalifikasjonsbeviser, bekledning og fremtoning vil stå sentralt, sammen med forpliktelsene ved beregning av lønn og ansiennitet.

Ved disse situasjoner er spørsmålet først og fremst om det foreligger *indirekte* diskriminering.

6.2 Utlysning

Utlysning av stilling nevnes i § 54 A nr. 2 a) som den første side av arbeidsforholdet hvor arbeidsgiver ikke kan forskjellsbehandle etter de oppramsede grunner i § 54 B. Dette er en nødvendig forutsetning for at det ikke forskjellsbehandles i ansettelsessituasjoner. Bestemmelsene ville miste sin betydning hvis det var tillatt å skrive i annonser at det for eksempel bare søkes nordmenn, selv om andre ville ha samme mulighet for å få stillingen basert på en kvalifikasjonsvurdering hvis de hadde søkt på den.

Dersom det går frem av utlysningen at arbeidsgiver bare vil ha søkere fra Norge, innebærer dette en direkte forskjellsbehandling. Det samme vil naturligvis være tilfelle hvis det går frem at søkere fra andre land ikke vil bli vurdert.¹⁰⁰ Indirekte forskjellsbehandling vil kunne foreligge der kravene som oppstilles i utgangspunktet er nøytrale, for eksempel krav om norsk utdanning, og dette ikke kan begrunnes i saklige

¹⁰⁰ I den danske lov er dette presisert, se § 5, 2. pkt.

hensyn. Resultatet vil jo her være en forskjellsbehandling som i størst grad vil ramme folk som ikke er norske.

Hva som skal til for at unntaksreglene i § 54 C nr. 2 og § 54 D nr. 1 skal komme til anvendelse i slike tilfeller, må avgjøres ut fra det foreliggende rettskildemateriale. Saklighetsvurderingen vil være den samme i forhold i stillingsannonser som i forhold til krav som oppstilles ved ansettelsen eller under ansettelsesforholdet, og jeg går derfor mer grundig inn på dette under punkt 6.2 og 6.3.

I den danske loven¹⁰¹ er viktigheten av ikke å forskjellsbehandle i stillingsannonser understreket ved å presisere forbudet i en egen bestemmelse.¹⁰² I følge forarbeidene er bestemmelsen inntatt som en nødvendig forutsetning for at det generelle forbudet mot forskjellsbehandling skal fungere i praksis.¹⁰³ Bestemmelsen er som det eneste forbud i loven straffesanksjonert, jf. lovens § 8.

Jeg har ikke funnet mye praksis i forhold til den danske bestemmelsen. Fra dansk underrettspraksis kan nevnes at Københavns Byret i sin avgjørelse av 14. april 1999 ga en advarsel på bakgrunn av en annonse som stilte krav om at nye medarbeidere skulle være født i Danmark.¹⁰⁴ Anklagemyndigheten hadde lagt opp til en bot på ikke under 3000 DKK.

I et annet tilfelle innstilte statsadvokaten i Sjælland etterforskningen i en sak hvor et rengjøringselskap annonserte etter arbeidskraft som forsto skriftlig dansk. Ved avgjørelsen ble det lagt vekt på at *”det ikke kan afvises, at danskfærdigheder på et niveau som angivet i annoncen er en forudsætning for at kunne bestride det pågældende rengøringsarbejde. Herunder har jeg tillige lagt vægt på, at direktøren i rengjøringselskapet har oplyst, at det pågældende krav til sprogfærdigheder ikke stilles til andre af firmaets ansatte som varetager andre former for rengøringsarbejde. Jeg finder således ikke, at der er formodning om, at den til domfældelse fornødne tilregnelser er til stede”*.¹⁰⁵ Arbeidsgiverens begrunnelse var at kunden og den ansatte ofte skulle

¹⁰¹ Lov nr. 459 av 12. juni 1996.

¹⁰² Lovens § 5.

¹⁰³ Lovforslag nr. L 181 af 17. januar 1996, under bemerkninger til § 5.

¹⁰⁴ 23450/97, uttrykt avgjørelse.

¹⁰⁵ Se H. K. Nielsen m.fl., s. 115.

kommunisere gjennom en kontaktbok, ettersom arbeidet typisk ble utført når kunden ikke var til stede. I følge Justesen¹⁰⁶ var ikke problemet med annonsen om arbeidsgiver faktisk hadde saklig begrunnelse for det oppstilte språkkrav. Hovedproblemet ligger i følge henne i at en slik annonse, hvor det stilles krav om at søkere skal snakke og skrive dansk til en relativt enkel jobb som rengjøring, sender et *signal* til etniske minoriteter om at de er uønsket som søkere til stillingene. Det oppstilles på denne måten en barriere, som kan betegnes som indirekte diskriminerende i strid med den danske lovbestemmelsen.

Hvis man skal følge Justesens syn ved anvendelsen av forbudet mot forskjellsbehandling ved utlysning av stilling, vil arbeidsgiver aldri kunne oppstille krav som er vanskeligere å oppfylle for arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse enn for andre. Dette ville etter min mening medføre en uriktig tolkning av norsk lov. I og med at alle sider av arbeidsforholdet etter den norske lovstrukturen skal behandles på samme måte, skal saklighetsvurderingen etter lovens ordlyd og sammenheng komme inn også ved utlysning av stilling.

Lovens formål kan støtte Justesens syn, men jeg mener likevel det vil være uhensiktsmessig både for arbeidstakere og arbeidsgivere ikke å kunne opplyse i utlysningen hvilke krav det vil legges vekt på ved ansettelsen. Så lenge kravene vil være saklige i ansettelsesprosessen, vil en unnlatelse av å nevne kravene i utlysningen bare være en utsettelse av utsilingen. For å hindre at en annonse sender ut et slikt uønsket signal som Justesen påpeker, bør imidlertid arbeidsgiver allerede i annonsen opplyse om begrunnelsen for språkkravet. Et påbud om dette kan etter min mening likevel ikke utledes av den norske loven.

6.3 Ansettelsen

6.3.1 Generelt

Etnisk likestilling på arbeidsmarkedet handler i praksis om rekruttering. Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av etnisk opprinnelse m.v. ved ansettelser har allerede vært gjeldende i norsk rett, jf. aml. § 55 A, og følger etter lovendringen av § 54 B, jf. § 54 A nr. 2 b). Med ”*ansettelse*” menes alle nyansettelser og forfremmelser som

¹⁰⁶ Justesen, s. 346.

innebærer ansettelse i ny stilling, både når stillingen er utlyst for eksterne søkere og når det kun er interne søkere.¹⁰⁷ For ansettelser i det offentlige gjelder enkelte egne regler.¹⁰⁸ Som nevnt innledningsvis går jeg ikke nærmere inn på disse.

Situasjonene jeg nå skal gå gjennom gjelder først og fremst potensiell *indirekte diskriminering*, slik at saklighetsvurderingen står sentralt. *Direkte diskriminering* ved ansettelsen vil være minst like tenkelig, men her vil det i praksis først og fremst oppstå bevissspørsmål omkring hva arbeidsgiver har eller ikke har lagt vekt på.¹⁰⁹ Avgjørelsene vil da måtte baseres på en vurdering av saksøkerens kvalifikasjoner i forhold til den ansatte og de krav som stilles til stillingen, og de vil være svært konkrete. Jeg velger derfor å ikke gå nærmere inn på disse situasjoner her.

6.3.2 Språkkrav

Strengt krav til norskkunnskaper er for mange en hindring for å komme i arbeid.¹¹⁰

Å forskjellsbehandle på grunn av språk er ikke forbudt etter § 54 B, men krav om språkferdigheter kan gjøre det vanskeligere for arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse enn for andre å få en stilling. Språkkrav utgjør derfor et typisk eksempel på potensiell indirekte diskriminering. Samtidig vil mange arbeidsgivere av ulike grunner føle et sterkt behov for at arbeidstakerne har språkkunnskaper på et visst nivå. Spørsmålet om når arbeidsgiver kan sies å ha saklige grunner for sitt språkkrav, blir derfor sentralt.

Språkkrav står i en spesiell posisjon i og med at det er egnet til å ramme en større gruppe arbeidstakere enn enkelte andre krav jeg senere vil ta opp. Mange arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse vil for eksempel ikke oppleve noen hindring i at det oppstilles forbud mot bruk av hodeplagg. Temaet med språkkrav er sentralt også i forhold til det EF-rettslige prinsipp om fri flyt av arbeidskraft, og har vært oppe i flere saker for EF-domstolen. Rettskildemessig innebærer dette flere faktorer å trekke momenter fra ved drøftelsen av hvor grensen går for saklige og usaklige språkkrav.

¹⁰⁷ Se Vigerust, s. 245.

¹⁰⁸ Se bl.a. fvl. §§ 3 og 19 og forskrift av 21. november 1980 nr. 13 om partsoffentlighet i saker om tilsetning i den offentlige forvaltning.

¹⁰⁹ Se for eksempel LB-2002-00044 .

¹¹⁰ Se bl.a. UDIs undersøkelse *Art og omfang av rasisme og diskriminering i Norge 1999-2000*.

Utgangspunktet i forhold til § 54 C nr. 3 er at det vil måtte bero på en konkret vurdering om det aktuelle formål er saklig og om midlene er proporsjonale i forhold til målet, jf. ovenfor under pkt. 5.3.2. Hvordan språkkrav skal vurderes, behandles ikke nærmere i forarbeidene til aml. kapittel X A. I forarbeidene til aml. § 55A andre ledd, fastslås: *”Hvorvidt kravene er saklig begrunnet må avgjøres ut fra en konkret vurdering. Det må etter departementets vurdering fortsatt være et betydelig rom innenfor arbeidsgivers styringsrett å fastsette krav til kvalifikasjoner i forhold til den konkrete stilling. (...) Når det gjelder krav om språkkunnskaper, f eks ”meget gode skriftlige og muntlige norskkunnskaper”, må det foretas en konkret vurdering av om slike kunnskaper er en forutsetning for å kunne utføre arbeidet tilfredsstillende”*.¹¹¹

I NOU 2002:12 brukes jobb i forlagsbransjen som eksempel på stillinger hvor det vil kunne være saklig av arbeidsgiver å stille særskilte krav til beherskelse av norsk språk.¹¹² Krav om gode norskkunnskaper kan også tenkes nødvendig i visse yrkessituasjoner der språklige misforståelser kan medføre fare.

I følge danske lovforarbeider vil det være et uttrykk for indirekte forskjellsbehandling hvis en arbeidsgiver stiller uforholdsmessig høye krav til språkkunnskaper eller andre kvalifikasjoner, for eksempel avviser en utenlandsk søker til en rengjøringsjobb med den begrunnelse av søkeren snakker med aksent.¹¹³ Videre nevnes at det i visse situasjoner vil være nødvendig at den aktuelle lønnsinntaker snakker flytende og feilfritt dansk, for eksempel hvis det dreier seg om personer som har ansvar for den danske befolknings språkforståelse og -utvikling. Se for øvrig punkt 6.1 om den danske saken som gjaldt språkkrav i annonse etter rengjøringsarbeidere.

En sak avsagt av den svenske Arbetsdomstolen 4. desember 2002¹¹⁴ kan bidra til å belyse hvor grensen vil kunne gå i praksis. En 26 år gammel kvinne søkte jobb hos et firma som drev med markedsundersøkelser gjennom telefonintervjuer. Kvinnen var født i Bosnia og kom til Sverige da hun var ti år. Hun snakket svært godt svensk, men med en liten aksent. Etter at hun hadde gjennomført et første prøveintervju, fikk kvinnen

¹¹¹ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 47.

¹¹² NOU 2002:12 s. 243.

¹¹³ Lovforslag nr. L 181 af 17. januar 1996, under bemerkninger til § 1.

¹¹⁴ AD 2002 nr. 128.

beskjed om at hun ikke oppfylte de krav firmaet stilte for personalet som skulle jobbe i telefonsentralen. Domstolen fant det tilstrekkelig godtgjort at arbeidsgivers handlinger i hvert fall delvis skyldtes et krav om tydelig og korrekt svensk, og fastslo at firmaet i kvinnens tilfelle *”har tillämpat ett krav på språkkunnskaper som har varit högre ställt än som varit nödvändigt med tanke på de uppgifter som Z.D. skulle ha haft som anställt hos bolaget. Det betyder att bolaget har tillämpat ett kriterium som framstår som neutralt men som i praktiken, med hänsyn til Z.D:s etniska tillhörighet, särskilt har misgynnat henne.”* Retten konkluderte på denne bakgrunn med at arbeidsgiveren hadde gjort seg skyldig i indirekte diskriminering.

Fra Norge kan brukes et illustrerende eksempel fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen. Ved en lokalavdeling av Statens teknologiske institutt (STI) var det ledig stilling som bedriftsrådgiver i ergonomi/arbeidsmiljø. A, som er utlending, søkte stillingen, men kom ikke i betraktning under henvisning til angivelig utilstrekkelige norskkunnskaper. Det ble uttalt (av Sivilombudsmannen) at det avgjørende må være om søkeren behersker norsk på en slik måte at han *utvungent kan kommunisere med klienter uten vanskeligheter eller fare for misforståelser*. STI hadde ikke på overbevisende måte godtgjort at A's språkferdigheter lå under dette nivå. Da A ellers fremsto som formelt bedre kvalifisert enn den tilsatte, måtte avgjørelsen kritiseres som usaklig forbigåelse.¹¹⁵

Justesen nevner i et eksempel at et busselskap som i en stillingsutlysning søker sjåfører som er 100 % dansktalende, antakeligvis vil bli skyldige i indirekte diskriminering. I følge henne vil det være et legitimt formål at sjåføren skal kunne snakke med sine passasjerer, herunder sinnssyke og senile mennesker som trenger syketransport. Likevel vil det vanskelig kunne anses som nødvendig for å oppnå formålet at personer som snakker dansk med en liten aksent ikke skal bli vurdert i en søknadsrunde. Det vil altså ikke foreligge et rimelig forhold mellom formål og midler, og forskjellsbehandlingen er dermed usaklig. Stillingsutlysningen vil derfor innebære en indirekte diskriminering.¹¹⁶ Hvis derimot arbeidsgiveren bare forlanger at søkere skal kunne dansk, stiller saken seg annerledes.

¹¹⁵ Se Dokument nr. 4 (1985-86) Sivilombudsmannens årsmelding for 1985, sak 1419/84 s. 30-32, jf. NOU 2002:12 s. 42.

¹¹⁶ Se Justesen, s. 328-329.

EØS-borgere er i tillegg til vernet i aml. kap. X A beskyttet mot forskjellsbehandling ved ansettelsen gjennom EØS-avtalen art. 28 nr. 2. Forbudet er nærmere presisert i Rådsforordning 1612/68 art. 3 nr. 1 og art. 7 nr. 1. At språkkrav kan være i strid med prinsippet om fri flyt av arbeidskraft, fremgår av art. 3 nr. 1 siste punktum, hvor det presiseres at vilkår om språkkunnskaper *kan* være lovlige hvis de er ”nødvendige på grunn av arbeidets art”.

Groener-saken¹¹⁷ gjaldt unntaket i art. 3 nr. 1 siste punktum. Spørsmålet i saken var om Irland lovlig kunne kreve kjennskap til gælisk som betingelse for ansettelse i skolevesenet. Et slikt krav ville jo ha en diskriminerende virkning på utlendingers adgang til ansettelse. Til dette uttalte EF-domstolen: *”En fast stilling som heltidsansatt lærer i en offentlig, faglig uddannelsesinstitution er en stilling af en sådan karakter, at det efter artikel 3, stk . 1, sidste punktum, i forordning nr . 1612/68 er berettiget at stille krav om sprogkundskaber, saafremt kravet herom er et led i en politik til fremme af det nationale sprog, som samtidig er landets første officielle sprog, og dets gennemførelse sker i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og uden forskelsbehandling.”* Det irske kravet ble etter dette ansett å være i overensstemmelse med art. 3 nr. 1. Det ble imidlertid fastslått at det ville være i strid med forbudet å kreve at kjennskapet til det aktuelle språk var ervervet innenfor det aktuelle medlemsland.¹¹⁸

Nevnes kan også Angonese-saken,¹¹⁹ hvor det ble antatt at et krav fra en bank i en tyskspråklig provins i Italia om at ansatte i banken måtte være tospråklige/kunne tysk, var i overensstemmelse med art. 39 EF.¹²⁰

I Pilar Allué-saken¹²¹ var spørsmålet om EF-traktaten art. 39 nr. 2 var til hinder for anvendelse av en nasjonal bestemmelse om at arbeidskontrakter for lektorer i fremmedspråk ved universitetene bare kunne inngås for ett år av gangen og fornyes høyst fem ganger, når en lignende begrensning prinsipielt ikke var fastlagt for de øvrige

¹¹⁷ Sak 379/87 (Anita Groener mot The Minister for Education and the City of Dublin Vocational Committee).

¹¹⁸ Premiss 23.

¹¹⁹ Sak 281/98 (Roman Angonese mot Cassa di Risparmio di Bolzano SpA).

¹²⁰ Angonese-saken er nærmere referert under punkt 6.2.2.

¹²¹ Sak 33/88 (Pilar Allué og Carmel Mary Coonan m.fl. mot Università degli studi di Venezia og Università degli studi di Parma).

arbeidstakere. EF-domstolen antok at lovbestemmelsen hovedsakelig vedrørte arbeidstakere som var statsborgere i andre medlemsstater, selv om begrensningen gjaldt uavhengig av vedkommende arbeidstakers statsborgerskap. Av statistiske opplysninger fremgikk det at bare 25 % av lektorene i fremmedspråk var italienske statsborgere. Som begrunnelse for regelen om begrensning til seks års ansettelse anførte den italienske stat blant annet nødvendigheten av å begrense antallet lektorer i fremmedspråk etter behovene ved det enkelte universitet, avhengig av tilgangen av studerende i vedkommende språk. Domstolen fant formålet saklig, altså det å sikre en hensiktsmessig forvaltning av universitetene, men mente dette kunne gjennomføres med andre midler.¹²² Kravet til proporsjonalitet var derfor ikke oppfylt. En av statens andre begrunnelser for bestemmelsen - at seks års ansettelsesbegrensning var det eneste middel universitetene hadde til å kunne ansette lektorer i fremmedspråk med oppdaterte kunnskaper og oppdaterte praktiske ferdigheter i det morsmål det ble undervist i - ble ikke godtatt som reell av EF-domstolen.¹²³ Det ble fra domstolens side presisert at slike midlertidige kontrakter ikke vil være i strid med EF-traktaten dersom det på ansettelsestidspunktet er klart at behovet for undervisning ikke overstiger kontraktens gyldighetsperiode.

Senere presiserte domstolen at Pilar Allué-saken skulle forstås slik at også det forhold at kontraktene bare kunne inngås for ett år av gangen, var i strid med EF-traktaten art. 39 nr. 2.¹²⁴

En lignende sak, Spotti-saken,¹²⁵ var oppe for EF-domstolen året etter. Etter tyske bestemmelser kunne tidsbegrensede kontrakter for alle typer stillinger i høyere læringsanstalter inngås hvis de var saklig begrunnet. Bestemmelsene oppstilte ulike saklige grunner som kunne påberopes ved ansettelse i de ulike stillinger. For lektorer i fremmedspråk het det imidlertid bare: *"Det foreligger likeledes saklig grunn til inngåelse av en tidsbegrenset kontrakt med en lærer i fremmedspråk med særlige oppgaver, når den aktivitet som skal ivaretas, i det vesentlige består i undervisning i et*

¹²² Premiss 17.

¹²³ Premiss 14.

¹²⁴ Sak 259/91 (Pilar Allué og Carmel Mary Coonan m.fl. mot Università degli studi de Venezia og Università degli studi di Parma).

¹²⁵ Sak 272/92 (Maria Chiara Spotti mot Freistaat Bayern).

fremmedspråk.” Bestemmelsen ble ansett i strid med daværende art. 48 nr. 2 i EF-traktaten.

Som det fremgår ovenfor foretar EF-domstolen en utpreget konkret vurdering av arbeidsgiverens/lovgiverens begrunnelse for kravet, i likhet med hva som fremgår av norske og svenske regler. Det er derfor vanskelig å gi en klar konklusjon på hvor grensen går for når et språkkrav vil anses usaklig etter aml. § 54 C nr. 2. I mangel av norsk praksis på området kan imidlertid de ovenfor nevnte dommer bidra til å gi en pekepinn på hvor grensen vil gå. Den svenske saken fra Arbetsdomstolen gir eksempel på en nokså streng tolkning av kravet.

6.3.3 Krav om kvalifikasjonsbeviser og lignende

Et annet forhold som kan føre til at utlendinger på grunn av sin utenlandske opprinnelse stilles dårligere enn nordmenn, er krav som stilles til de ansattes formelle utdannelsespapirer. Gjennomførte prosjekter viser at godkjenning av kompetanse fra utlandet er et problemområde for en del innvandrere.¹²⁶ Et krav om for eksempel norsk vitnemål vil ha den virkning at nordmenn jevnt over stiller sterkere enn personer som har kommet til landet i voksen alder.

I EØS-avtalen er det gitt særlige regler om gjensidig godkjenning av kvalifikasjonsbeviser og samordning av bestemmelser om adgang til å utøve økonomisk aktivitet, jf. EØS-avtalen art. 30 og vedlegg VII, som viser til en rekke EF-direktiver. Det er blant annet gitt direktiv om anerkjennelse av høyere kompetansegivende utdanning av minst tre års varighet,¹²⁷ og spesielle direktiver innen juss, medisin, arkitektur, handel og industri. Forutsetningen for at statene har gått med på gjensidig godkjenning er normalt en viss tilnærming av de nasjonale bestemmelser som avgjør når en kan få et eksamensbevis.

Ettersom den formelle anerkjennelsen av utenlandske utdannelser etter det EØS-rettslige regelverk foretas av staten, velger jeg ikke å gå nærmere inn på innholdet av disse reglene. Det kan imidlertid kort nevnes at staten i følge EF-domstolens praksis er

¹²⁶ Berg og Vedi, *Fra Holdning til handling: Om flyktningers arbeidsmuligheter og kvalifiseringsbehov*, SINTEF 1995 og UDIs rapport *Art og omfang av rasisme og diskriminering i Norge 1999-2000*, s. 32-33.

¹²⁷ Rådsdirektiv 89/48.

pliktig til å vurdere om også utdannelser som ikke er omfattet av direktivene kan likestilles med nasjonale kvalifikasjonskrav.¹²⁸

Utenfor direktivenes anvendelsesområde vil det kunne reise seg spørsmål om det foreligger indirekte diskriminering hvis en arbeidsgiver stiller krav om et spesielt kvalifikasjonsbevis for å kunne bli ansatt. Dette kan dreie seg om utdanningspapirer fra en spesiell skole, kvalifikasjonsbevis fra en spesiell forvaltningsmyndighet eller bevis for praksis i en bestemt bedrift. Problemstillingen er aktuell både i forhold til EØS-borgere og personer fra tredjeland.

For at forskjellsbehandlingen av utlendinger gjennom krav til kvalifikasjonsbeviser skal være lovlig, må formålet med kravet om kvalifikasjonsbevis altså være saklig, og vilkåret hensiktsmessig og nødvendig for å oppnå dette formål, jf. § 54 C. Dette samsvarer med kravet i EU om at kravet må være begrunnet i objektive hensyn som er uavhengige av arbeidstakerens nasjonalitet, og det må stå i et rimelig forhold til disse hensyn. Etter forarbeidene til § 55 A må det fortsatt være et betydelig rom innenfor arbeidsgivers styringsrett til å fastsette krav til kvalifikasjoner i forhold til den konkrete stilling.¹²⁹ Arbeidsgiver kan imidlertid ikke ubetinget stille krav om norsk utdanning. Arbeidsgiver må ta hensyn til utenlandsk vitnemål, med mindre det er lovmessige eller lignende krav om en særlig dokumentert kompetanse for å kunne arbeide i stillingen og disse kravene ikke kan fylles ved alternativ utdanning i utlandet.¹³⁰

EF-domstolen har i flere saker tatt stilling til hvorvidt slike krav innebærer en indirekte forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet i strid med EF-traktaten. Disse sakene kan være egnet til å belyse hvor grensen mot det ulovlige går også etter arbeidsmiljøloven, ettersom også EF-domstolen foretar en forholdsmessighetsvurdering.

I Angonese-saken¹³¹ hadde en italiensk statsborger (Angonese) fra den tysktalende italienske provinsen Bolzano gått til sak mot en bank på samme sted. Banken hadde oppstilt krav om at de ansatte måtte kunne fremlegge et spesielt sertifikat som bevis på at de kunne både tysk og italiensk. Sertifikatet ble utdelt av forvaltningen i Bolzano

¹²⁸ Se for eksempel sak 71/76.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 47.

¹³⁰ *ibid.* s. 47.

¹³¹ Sak 281/98 (Roman Angonese mot Cassa di Risparmio di Bolzano SpA).

etter avleggelse av en eksamen som bare ble avholdt i denne provinsen. Angonese var tospråklig, men hadde studert utenlands og hadde ikke det spesielle sertifikatet. Han mente bankens krav var i strid med EF-traktaten art. 48 om fri bevegelighet for arbeidstakere, ettersom det i praksis ville virke diskriminerende for folk bosatt utenfor den aktuelle provins. Domstolen fastslo først at forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, som oppstilt i traktatens artikkel 48, også gjelder for privatpersoner.¹³² Videre uttalte domstolen: *"Et vilkår som det i hovedsagen omtvistede (...) vil kun kunne være begrundet, såfremt det bygger på objektive hensyn, der er uafhængige af de berørte personers nationalitet og står i et passende forhold til det mål, der lovligt forfølges. Det fremgår af Domstolens praksis, at et krav om at sprogkundskaber skal være erhvervet på nationalt område, er i strid med forbuddet mot forskelsbehandling (...). Selv om det således vil kunne være retmæssigt over for en ansøger til en stilling at stille krav om sprogkundskaber på et vist niveau, og selv om besiddelse af et eksamensbevis som attesten kan være et kriterium for vurderingen af sådanne kundskaber, må det forhold, at det ikke er mulig at føre bevis for dem på anden måde, og navnlig ved at godtgøre, at tilsvarende kundskaber er erhvervet i andre medlemsstater, anses for et misforhold til det tilstræbte mål"*.¹³³

I Groener-saken¹³⁴ hadde en nederlandsk statsborger gått til sak mot den irske stat etter at hun var nektet fast heltidsstilling som kunslærer ved Dublins universitet fordi hun ikke hadde bestått den obligatoriske testen i irsk (gælisk). Groener mente et slikt krav var i strid med EF-traktaten art. 48. EF-domstolen konkluderte med at kravet om kjennskap til irsk ikke var i strid med traktaten,¹³⁵ men presiserte senere i dommen at et krav om at språkkunnskapene skulle være ervervet på nasjonalt område, ville innebære en ulovlig forskjellsbehandling.¹³⁶

I begge sakene foretok EF-domstolen en vurdering av formålet og midlene for å oppnå dette, og konkluderte med at formålet kunne vært oppfylt på andre måter. Etter ordlyden

¹³² Premiss 36.

¹³³ Premiss 42-44.

¹³⁴ Sak 379/87 (Anita Groener mot The Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee).

¹³⁵ Se nærmere under pkt. 6.2.1 om språkkrav.

¹³⁶ Premiss 23.

i aml. § 54 C ville konklusjonen vært at midlene som ble valgt for å oppnå formålet ikke var ”*hensiktsmessige og nødvendige*”. Noen forskjell mellom vurderingene etter de ulike regelverk kan jeg ikke se at det blir her. Et krav om at kun eksamenspapirer utstedt i det aktuelle medlemsland godtas, selv om de samme kunnskaper kan være oppnådd andre steder, vil derfor innebære indirekte forskjellsbehandling både etter EØS-avtalen art. 28 og arbeidsmiljøloven § 54 C nr. 2.

6.3.4 Krav til bekledning

Krav til antrekket på arbeidsplassen kan resultere i indirekte forskjellsbehandling i strid med aml. kap. X A.¹³⁷ I praksis er det først og fremst ønsket om å bære religiøse hodeplagg som kan komme i strid med arbeidsgivernes krav til bekledning. Et forbud mot å bære slike hodeplagg vil derfor få den virkning at de gruppene i befolkningen som av ulike årsaker ønsker å bære slike plagg, stilles dårligere enn andre.

Forbud mot bruk av skaut på arbeidsplassen har i Norge hittil i praksis blitt behandlet etter likestillingsloven, ettersom et slikt forbud først og fremst rammer kvinner, se nærmere nedenfor. Etter aml. § 54 C vil et forbud mot bruk av hodeplagg måtte underkastes en tilsvarende forholdsmessighetsvurdering som etter likestillingsloven, jf. ovenfor under punkt. 5.3.2.

Det kan skilles mellom ulike typer tilfeller av krav til bekledning fra arbeidsgivers side. Det typiske eksempel vil være at alle de ansatte bruker et visst arbeidsantrekk, og arbeidsgiver ikke ønsker dette kombinert med for eksempel skaut. Her kan det igjen skilles mellom arbeidsantrekk med tilhørende hodeplagg, og arbeidsantrekk hvor dette ikke inngår. Et noe annet tilfelle vil være hvor de ansatte ikke bruker arbeidsantrekk, men arbeidsgiver likevel ikke ønsker bruk av skaut. Justesen mener et forbud da vil innebære *direkte diskriminering*.¹³⁸ En slik forståelse vil i så fall innebære at unntaksadgangen i utgangspunktet er langt snevrere, jf. punkt 5.3.2. Jeg går ikke nærmere inn på dette skillet, men konsentrerer meg om den konkrete saklighetsvurderingen.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 47.

¹³⁸ Justesen, s. 326.

I følge forarbeidene til aml. § 55 A¹³⁹ kan arbeidsgivere som utgangspunkt ikke forby religiøse hodeplagg, da slike i de fleste tilfeller bør kunne anvendes sammen med et uniformert klesantrekk. Dette er i overensstemmelse med de retningslinjer som gjelder innenfor Forsvaret hvor det er tillatt å anvende turban sammen med uniformen, med mindre det av sikkerhetsmessige årsaker ikke vil være mulig. Tilsvarende må i følge forarbeidene også gjelde for andre klesplagg som er av begrenset fysisk utstrekning eller som bæres som et supplement til andre norske klær som for eksempel slør.

Klagenemnda for likestilling fattet 29. august 2001 et vedtak vedrørende bruk av hodeplagg i arbeidet.¹⁴⁰ Bakgrunnen for saken var at et Oslo-hotell hadde et uniformreglement hvor bruk av hodeplagg i arbeidet ikke var tillatt. Forbudet rammet også religiøst betingede hodeplagg, herunder hijab som bæres av en del muslimske kvinner. Hotellet begrunnet forbudet med profilerings- og markedsføringsmessige samt sikkerhetsmessige hensyn. Det ble også hevdet at forbudet ikke stred mot likestillingsloven, ettersom det gjaldt både kvinner og menn.

Klagenemnda fastslo først at hotellets tilsynelatende kjønnsnøytrale uniformsreglement i hovedsak rammet kvinner, og derfor falt inn under likestillingslovens § 3. Når det gjaldt forholdsmessighetsvurderingen, mente Nemnda at hensynet til profilering og markedsføring var legitimt, men at dette kunne ivaretas ved at hodeplagget ble tilpasset romverteenes uniform, både i farger, omfang og stofftype. I tillegg kunne hodeplagget utformes slik at kommunikasjon over høytaleranleggene ikke ble vanskeliggjort.

Klagenemndas vedtak endte med at hotellet åpnet for at muslimske kvinner kunne benytte hijab i arbeidet.

I 2003 mottok Ombudet en klage fra Senter for etnisk diskriminering (SED) på vegne av en muslimsk kvinne som ikke fikk lov til å bære hijab på sin arbeidsplass hos A-møbler. Ombudet konkluderte med at forbudet var i strid med likestillingsloven § 3. Et av hensynene bak forbudet var i følge A-møbler *behovet for verdinøytralitet*; et hensyn Ombudet mente kunne være relevant i enkelte tilfeller, men at da arbeidet som skulle utføres på den konkrete arbeidsplassen måtte innebære et spesielt behov for å signalisere slik nøytralitet. I forhold til A-møbler ble et slikt formål ikke ansett relevant. Videre ble

¹³⁹ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 47.

¹⁴⁰ Sak nr. 8/01.

hensynet til kundene anført som en begrunnelse fra A-møblers side. Dette hensyn ble av Ombudet ansett saklig, men midlene som ble brukt for å oppnå formålet, altså et forbud mot hodeplagg, var i følge Ombudet uforholdsmessig inngripende for de kvinnene som ble rammet. Vi ser her at likestillingsombudet foretok en forholdsmessighetsvurdering i likhet med hva som ville være tilfelle etter aml. § 54 C.

I motsetning til hotell-saken dreide det seg her om en arbeidsplass hvor det ikke ellers gjaldt noe kleskrav. Når hensynet til personalets like antrekk ikke kan anføres som begrunnelse, vil det antakeligvis være vanskeligere å vinne frem med et forbud om bruk av hodeplagg. Nødvendige saklige hensyn kan i slike tilfeller være sikkerhet, sunnhet og hygiene.¹⁴¹

Fra Danmark kan nevnes ”Magasin-tørklædesagen” hvor en kvinne med irakisk bakgrunn ble sendt hjem av arbeidsgiver da hun første dag på jobb som lærling stilte med skaut. Østre Landsret fastslo at arbeidsgiver, som ellers hadde et ganske romslig bekledningsreglement, ikke hadde påvist slike særlige forhold at avvisningen kunne anses saklig begrunnet. Kvinnen ble tilkjent en erstatning på 10.000 kroner.¹⁴²

Nevnes kan også ”Toms tørklædesag”.¹⁴³ Bakgrunnen var her at en kvinne med muslimsk bakgrunn som et ledd i et AMU-kurs skulle ha praksis hos firmaet Toms chokolade. Kvinnen var blitt meddelt at Toms garanterte arbeid etter gjennomført kurs. Da hun for sikkerhets skyld forhørte seg med en representant for Toms om hvorvidt det var mulig å bruke skaut på arbeidsplassen, fikk hun et benektende svar, ettersom de av hygienemessige årsaker krevde bruk av hårnett. Kvinnen foreslo at Toms kunne vaske skautet, at hun kunne ta deres hårnett utenpå skautet og at hun kunne ta skautet ned i jakken, så det ikke hang løst. Firmaet opprettholdt likevel sitt standpunkt, og den 5. april 2001 ble dom avsagt i Østre Landsret.¹⁴⁴ Med to mot en stemme ble firmaet ansett ikke å ha begått indirekte diskriminering overfor kvinnen. Til tross for at litt fleksibilitet lett kunne løst problemet, og at flere lignende firmaer hadde ansatt kvinner uten at det

¹⁴¹ Jf. Arbejdsministeriets vejledning 2000 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 7.

¹⁴² U 2000.2350Ø.

¹⁴³ B-0877-00 (Østre Landsret).

¹⁴⁴ Til tross for at det normalt kreves et erstatningskrav på minst 1 million kroner for at en sak direkte skal tas opp i landsretten, og kvinnen her hadde et krav på kun 50.000 kroner, ble saken behandlet av landsretten som første instans fordi den ble ansett så prinsipiell.

hadde gitt problemer med å overholde hygienemessige standarder,¹⁴⁵ fikk altså arbeidsgiveren medhold i retten. Den senere ankesaken for Højesteret ble hevet, da partene ingikk forlik og i samarbeid utviklet et skaut som var sikkerhetsmessig forsvarlig.

I den sammenlignbare danske "Føtex-sagen" avsagt 18. desember 2003 ble også arbeidsgiver frifunnet. En ung kvinne hadde i denne saken blitt bortvist uten lønn fra arbeidsplassen fordi hun bar skaut. Dommerne i Østre Landsret la ved frifinnelsen vekt på at Føtex hadde et bekledningsreglement som fastslo at det ikke var tillatt for de ansatte å bære hodeplagg hvis de arbeider i områder hvor de er direkte i kontakt med kunder. Samtidig la dommerne vekt på at Føtex heller ikke tillater de ansatte å ha hår i en unaturlig farge, synlig piercing eller å bære et synlig kors, og at medarbeidere og deres representanter har akseptert reglene. Kvinnen krevde en erstatning på 148.000 DKK, men arbeidsgiveren ble altså frifunnet.

De danske sakene er avgjort før endringene av den danske loven, og det forelå da ingen regel om delt bevisbyrde.¹⁴⁶ Lovendringen var imidlertid ikke ment å skulle forandre på saklighetsvurderingen i forhold til bekledningskrav.¹⁴⁷ Resultatet i "Toms tørklædesag" og "Føtex-sagen" har altså betydning også for rettsstillingen etter lovendringen, og gir inntrykk av at danske arbeidsgiverne står friere i utformingen av sitt bekledningsreglement enn hva som følger av forarbeider og relevant praksis rundt det norske diskrimineringsforbud. Det samme kan sies om forarbeidene til den danske endringsloven: *"Det er (...) ikke nødvendigvis udtryk for ulovlig indirekte forskelsbehandling, hvis en arbejdsgiver kræver, at de ansatte bærer uniform eller en bestemt beklædning, hvis dette er en del af virksomhedens præsentation udadtil, og hvis dette krav stilles konsekvent til alle ansatte i samme stillinger/stillingskategori"*.¹⁴⁸ De norske kildene er få, men peker i retning av at det skal svært mye til før arbeidsgiver konsekvent kan forby bruk av hodeplagg, i hvert fall hvis det ikke hører noe bestemt hodeplagg til arbeidsantrekket. Hvis arbeidsantrekket inneholder et hodeplagg, oppstår

¹⁴⁵ Justesen, s. 335.

¹⁴⁶ Se nå § 7a.

¹⁴⁷ Lovforslag nr. L 40 af 22. oktober 2003, under bemærkninger til § 1, stk. 3.

¹⁴⁸ l.c.

spørsmålet om arbeidsgiver da vil kunne kreve at dette bæres av samtlige ansatte, uten at kravet innebærer ulovlig diskriminering.

Verken lovtekst eller praksis gir noe klart svar på dette spørsmålet. Det kan på den ene siden argumenteres med at et formål om at alle de ansatte skal fremtre like, er legitimt fra arbeidsgivers side. Midlene, altså at alle må gå med uniform og tilhørende hodeplagg, kan også anses hensiktsmessige og nødvendige. Hvis virkelig formålet skal nås, at arbeidstakerne skal se helt like ut, må jo arbeidstakeren nødvendigvis forby alle andre hodeplagg. På den annen side må arbeidsgivers ønske om at alle de ansatte skal fremstå like utad, avveies mot den enkeltes rett til fritt å få utøve sin religion.

Religionsfriheten er et av de beskyttede områder i kapittelet om likebehandling i arbeidslivet, og er også en grunnleggende menneskerett som Norge er bundet av gjennom ulike folkerettslige konvensjoner.¹⁴⁹

Rettslig sett blir spørsmålet om formålet med likt antrekk for alle de ansatte er tilstrekkelig saklig for å kunne gripe inn i en slik grunnleggende menneskerett, eller om det må anføres noe mer fra arbeidsgivers side.

Til arbeidstakernes fordel kan anføres at det gjelder et folkerettslig krav om at innskrenkninger i religionsutøvelsen skal være proporsjonale i forhold til de mål en arbeidsgiver prøver å oppnå. Et fullstendig forbud mot å gå med skaut på arbeidsplassen vil være svært inngripende for personene det gjelder. For mange vil det føre til at de velger å ikke jobbe det aktuelle sted. Dette taler for at arbeidsgiver bør kunne anføre grunner ut over det at arbeidstakerne skal fremstå like, for at en slik inngripen skal anses legitim.¹⁵⁰ Sikkerhet¹⁵¹, hygiene eller vesentlige rettssikkerhetsmessige krav kan være eksempler på slike ytterlige hensyn som kan begrunne et totalt forbud.¹⁵² Hvis slike hensyn ikke kan påvises, bør mindre inngripende midler kunne tas i bruk. Arbeidsgivers ønske om like uniformer på alle kan tilpasses ved at uniformens hodeplagg kan erstattes

¹⁴⁹ Det har vært fremme i mediedebatten at enkelte hodeplagg kan sies å ha mer kulturell enn religiøs tilknytning. Hensynet til religionsfriheten og den vekt det tillegges, vil antakeligvis kunne variere avhengig av slike forhold.

¹⁵⁰ Jf. Justesen, s. 333.

¹⁵¹ Se som eksempel en sak fra FNs menneskerettskomité vedrørende artikkel 26 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter: Communication No. 208/1986, *Bhinder mot Canada*.

¹⁵² H. K. Nielsen m.fl., s. 89.

av medarbeiderens religiøse hodeplagg, hvis den for eksempel tilpasses i stil og fargevalg med virksomhetens hodeplagg.¹⁵³

På den annen side kan det argumenteres for at arbeidsgivers styringsrett bør være nok så vid. Kravet om at alle ansatte skal opptre likt, slik at et hvert hodeplagg, hver spesielle hårfarge og alle prangende symboler er forbudt i arbeid med kunder, kan anses saklig og begrunnet i konkurransemessige forhold. "Føtex-saken" fra Danmark er et eksempel på at slike hensyn ble godkjent som legitime av domstolene.

På bakgrunn av de ovennevnte momenter og saker, mener jeg hensynet til religionsfriheten må tillegges størst vekt i en avveining av de ulike interesser. Kravene vil antakeligvis kunne være ulike avhengig av hvor sterk religiøs tilknytning plagget har. Så lenge arbeidsgiver ikke reelt sett har noen bedre begrunnelse for sitt forbud enn at arbeidstakerne skal se like ut, må det derfor etter loven kunne stilles krav om at arbeidsgiveren foretar mindre inngripende grep enn å forby all bruk av skaut. Lovkapittelets formål taler for denne forståelsen. Et slikt tolkningsresultat vil være strengere enn det som fremgår av de nyeste danske sakene.

6.4 Under ansettelsesforholdet

6.4.1 Lønn og ansiennitet

Mange bedrifter og arbeidsplasser opererer med en ansiennitetsberegning, både i forhold til lønn og i forhold til hvem som skal permitteres eller sies opp først ved innskrenkninger i bedriften. Utgangspunktet er at den som har arbeidet lengst på den aktuelle arbeidsplass, har best ansiennitet. Av og til kan opphold ved andre kontorer eller tilsvarende arbeidsplasser tas med i beregningen. En ansiennitetsberegning som ikke tar hensyn til en ansatts tilsvarende arbeidsperioder i utlandet, vil kunne innebære en indirekte forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet, jf. EØS-avtalen art. 28 nr. 2 og EF-traktaten art. 39 nr. 2.

I Kalliope-saken¹⁵⁴ kom EF-domstolen til at dette var tilfelle. Etter en tysk kollektiv overenskomst for offentlig ansatte skulle spesialleger i én spesiell lønnsgruppe bli

¹⁵³ Arbejdsministeriets vejledning 2000 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, s. 7.

¹⁵⁴ Sak 15/96 (Kalliope Schønning-Kougebetopoulou mot Freie und Hansestadt Hamburg).

plassert i en høyere lønnsgruppe når de hadde åtte års ansiennitet. En gresk spesiallege (Kalliope S.-K.) hadde bare jobbet som spesiallege i Tyskland i to år og hadde derfor ikke blitt plassert i den høyere lønnsgruppen. Kalliope mente imidlertid at hennes seks år som offentlig ansatt lege i Hellas måtte tas i betraktning ved ansiennitetsberegningen. Fra Tysklands side ble det anført at ansiennitetsbestemmelsen verken hadde til formål eller følge å stille statsborgere fra andre medlemsstater dårligere enn tyske statsborgere, ettersom det etter bestemmelsen verken ble tatt hensyn til ansettelsesperioder i utlandet, i andre områder i Tyskland (hvor bestemmelsen ikke gjaldt) eller i andre lønnsgrupper enn den aktuelle. Domstolen var uenig og slo fast at de tyske reglene klart var til skade for statsborgere fra andre medlemsstater som hadde tilbakelagt en del av sin karriere i en annen medlemsstat. De anførte formål med bestemmelsene ble ikke godtatt av domstolen. Betingelsene ble derfor ansett å være i strid med EF-traktaten art. 48 og forordning 1612/68 art. 7 nr 1 og 4.¹⁵⁵

Kravet om å medberegne arbeidsperioder i andre land ved fastsettelsen av ansiennitet, stiller krav om at arbeidstakeren har utført et sammenlignbart arbeid i det andre landet. I Kalliope-saken dreide det seg i begge land om en offentlig stilling som spesiallege; noe som av domstolen ble ansett sammenlignbart etter de tyske reglene. Hvilke krav som stilles til den utenlandske stilling må antakeligvis ellers avgjøres ut fra en konkret tolkning av den aktuelle bestemmelse i for eksempel en individuell arbeidskontrakt. I sak C-187/96¹⁵⁶ uttalte EF-domstolen seg om denne sammenligning. Hellas hadde som en begrunnelse for å ikke ta i betraktning utenlandske arbeidsperioder ved beregning av ansiennitet for ansatte i den offentlige administrasjon, anført problemet med å likestille slike ansettelsesperioder. Det ble dels hevdet at det ikke var lett å avgjøre om det forelå en beskjeftigelse i en annen medlemsstats offentlige administrasjon, da grensen mellom den offentlige og private sektor varierer fra medlemsstat til medlemsstat, og dels ble det hevdet at det i praksis kunne volde problemer å sammenligne de oppgaver som en arbeidstaker har utført i to medlemsstaters offentlige administrasjon.¹⁵⁷ Til dette uttalte domstolen: ”Uanset at der ikke er vedtaget særlige fællesskabsbestemmelser på dette punkt, påhviler det følgelig Den Helleniske Republikk efter anmodning fra den

¹⁵⁵ Premiss 23.

¹⁵⁶ Kommisjonen mot Hellas.

¹⁵⁷ Premiss 16.

pågåeldende at afgøre, om den ansættelse, som denne har haft i en anden medlemsstat, kan ligestilles med en ansættelse i den græske administration, som medregnes ved den lønmæssige indplacering og ved tildelingen af en anciennitetsforbedring. Den omstændighed, at den pågåeldende medlemsstat finder, at det i praksis er vanskelig at foretage denne sammenligning, kan under ingen omstændigheder retfærdiggøre, at medlemsstaten helt afviser at foretage en sådan sammenligning.”¹⁵⁸

Til tross for at offentlige stillinger kanskje lettere lar seg sammenligne enn private, kan ikke dette være til hinder for at også privatansatte kan få godskrevet ansiennitet for tid forut for ansettelse i den aktuelle bedrift. Det avgjørende må da være at arbeidsgiver etter anmodning fra den aktuelle arbeidstaker avgjør om den ansettelse denne har hatt i en annen medlemsstat, kan likestilles med en ansettelse hos nåværende arbeidsgiver, jf. EF-domstolens uttalelse i sak 187/96 ovenfor.

En ansiennitetsberegning som stiller norske statsborgere bedre enn utenlandske statsborgere, vil etter dette i utgangspunktet være i strid med EØS-avtalen art. 28 jf. forordning 1612/86 art. 7 nr. 1 og nr. 4, fordi det innebærer en indirekte forskjellsbehandling av arbeidstakere på grunn av deres nasjonalitet. En slik ansiennitetsberegning vil imidlertid i tilfelle også ha den virkning at personer med en annen nasjonal eller etnisk opprinnelse enn nordmenn, fra land utenfor EU/EØS, stilles dårligere enn andre. Dette vil derfor kunne være i strid med aml. § 54 C nr. 2. Etter begge regelsett må en først vurdere om handlingen har et saklig formål og om midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige. Hvis dette ikke er tilfelle, vil arbeidsgiverens handling være i strid med både EØS-avtalen og arbeidsmiljøloven.

6.4.2 Krav til fremtoning

Ulike krav til fremtoning på arbeidsplassen kan skape problemer for enkelte grupper av arbeidstakere. Den såkalte ”AMU-sagen”¹⁵⁹ fra dansk Højesteret kan være med på å belyse dette. En arbeidstaker hadde her deltatt på et arbeidsmarkedsforberedende kurs i regi av AMU.¹⁶⁰ Sammen med åtte andre kursdeltakere av samme religion og

¹⁵⁸ Premiss 22.

¹⁵⁹ Dom av 18. juni 2000.

¹⁶⁰ Senter for arbeidsmarkedsutdannelser.

nasjonalitet, foretok han daglig bønn utenfor kantinen i lunsjpausen. De andre kursdeltakerne reagerte sterkt på dette, og ledelsen ga etter hvert beskjed om at bønnen ikke måtte finne sted i fellesarealene. Saksøkeren vant ikke frem med sin påstand om brudd på forskjellsbehandlingsloven og ulike folkerettslige konvensjoner. Retten begrunnet dette med at arbeidstakeren hadde fått klar beskjed om at han kunne be i for eksempel klasserom, men ikke felleslokaler, og at han ville bli oppsagt dersom dette pålegg ikke ble fulgt. Når arbeidstakeren så fortsatte å be i felleslokalene, var bortvisningen ikke et uttrykk for forskjellsbehandling på grunn av tro, men bare en disposisjon som skjedde for å opprettholde ro og orden.

Arbeidstakers rett til å foreta bønn på arbeidsplassen er verken kommentert i forarbeider eller praksis i forhold til norsk lov. Utgangspunktet må her som ellers tas i en saklighetsvurdering av arbeidsgivers begrunnelse. I realiteten blir det imidlertid etter min mening en avveining mellom arbeidsgivers styringsrett og den enkeltes menneskerett til verdighet, her retten til å kunne utøve sin religion. Et fullstendig forbud mot bønn på arbeidsplassen vil for enkelte personer kunne være et hinder for i det hele tatt å jobbe det aktuelle stedet. Etter min mening kan ikke arbeidsgivers styringsrett overvinne de grunnleggende menneskerettighetene her. Et fullstendig forbud mot bønn i arbeidstiden vil derfor i mine øyne utgjøre ulovlig diskriminering etter aml. kap. X A.

Et annet tema er reguleringen av hvor bønn skal foregå. I den danske dommen påla ledelsen de ansatte å foreta bønn på anviste steder. En slik regulering mener jeg må kunne godtas også etter aml. kap. X A. Det grunnleggende må for arbeidstakerne antas å være selve bønnen, ikke stedet bønnen gjennomføres. En arbeidstaker bør etter min mening ha stort rom for regulering av aktiviteter i sitt lokale, og bør i likhet med å kunne forby bespisning utenfor kantinen eller høylytt snakk i biblioteket, forby en gruppe arbeidstakere å gjennomføre bønn i fellesarealene. Den danske dommen fra Højesteret må kunne tas til inntekt for at slik regulering er tillatt etter dansk rett, noe som i mangel av andre rettskilder kan tillegges vekt også i forhold til norsk rett.

7 Håndheving av loven

7.1 Innledning

Aml. kap. X A inneholder regler om delt bevisbyrde og objektivt erstatningsansvar ved ulovlig diskriminering. Reglene er strenge i forhold til arbeidsgiver, men er ansett nødvendige for å sette makt bak reglene.

7.2 Særlige regler om bevisbyrde

Det klare utgangspunkt i norsk rett at det er saksøkers plikt å dokumentere sine rettigheter i samsvar med den påstand som fremmes for domstolene. I aml. kap X A gjelder imidlertid en regel om delt bevisbyrde mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Med ”delt bevisbyrde” menes her at saksøkeren i første omgang har bevisbyrden, i samsvar med de generelle sivilrettslige prinsipper. Klarer saksøkeren å fremskaffe opplysninger om faktiske forhold som gir grunn til å anta at diskriminering faktisk har funnet sted, går bevisbyrden over på saksøkte.

Bakgrunnen for å ha regler om delt bevisbyrde i saker om forskjellsbehandling, er først og fremst å sikre en effektiv håndheving av forbudet. Styrkeforholdet mellom partene er skjevt og ansettelsesprosessen er av en lukket karakter, noe som kan gjøre det vanskelig for arbeidstakeren å føre bevis for sine påstander.

Fra arbeidstakers side kreves det at det fremlegges opplysninger som ”*gir grunn til å tro*” at det har funnet sted forskjellsbehandling. I følge forarbeidene vil lovens krav være oppfylt hvis de ytre omstendigheter i saken tilsier at det er lagt vekt på usaklige hensyn, som for eksempel søkerens etniske opprinnelse.¹⁶¹ Sannsynlighetsovervekt er ikke nødvendig, det kreves kun at det vises til indikasjoner på at det usaklig er lagt vekt på søkerens etniske opprinnelse. I ansettelsessaker kan dette for eksempel være opplysninger om at saksøker var bedre kvalifisert enn den person som faktisk ble ansatt.

For så vidt gjelder ansettelser, må regelen om delt bevisbyrde ses i sammenheng med § 54 H om arbeidsgivers opplysningsplikt. Uten en slik regel ville det være vanskeligere

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 14.

for arbeidstakere å etablere en presumsjon for forskjellsbehandling, og bevisbyrderegelelen ville da kun bli stående som en symbolsk regel.¹⁶²

7.3 Erstatning for økonomisk tap

I de tilfeller hvor arbeidstakeren på grunn av den ulovlige forskjellsbehandlingen faktisk lider et økonomisk tap, vil de alminnelige erstatningsregler i norsk rett komme til anvendelse på vanlig måte. Vilåårene for tilkjenning av erstatning er etter disse regler som hovedregel at det foreligger årsakssammenheng, påregnelighet og økonomisk tap. Det stilles dessuten krav om skyld som betingelse for erstatning, med mindre loven særskilt åpner for objektivt erstatningsansvar. Når det i § 54 J nr. 2 henvises til ”alminnelige regler”, vil det si at det stilles krav til skyld.¹⁶³

Erstatning for økonomisk tap vil typisk være aktuelt dersom en arbeidssøker har unnlatt å søke andre stillinger i tillit til at loven overholdes, men hvor vedkommende ikke har fått stillingen fordi det er lagt vekt på en av de grunner nevnt i § 54 B.¹⁶⁴ Et annet eksempel på at arbeidstaker har lidt et økonomisk tap, er hvis vedkommende på grunn av sin etniske opprinnelse er blitt utsatt for ulovlig lønnsforskjell.

Den forbigåtte søkeren har krav på *full erstatning*. Dette er hovedregelen i de alminnelige erstatningsregler, og følger også av EF-domstolens praksis vedrørende kjønnsdiskriminering.¹⁶⁵ Har det foreligget forskjellsbehandling ved ansettelsen, innebærer dette i praksis at arbeidstakeren skal få dekket inntektstapet som er lidt ved ikke å få den aktuelle stillingen ut fra hva det er sannsynlig at vedkommende ville ha tjent, med krav på renter fra antatt ansettelsestid.¹⁶⁶

7.4 Erstatning for ikke-økonomisk skade

Hittil har muligheten for å få erstatning for ikke-økonomisk skade (oppreisning) på grunn av diskriminering vært forholdsvis snever og fulgt av spredte lovbestemmelser.

¹⁶² Dette er bl.a. tilfelle i Danmark, hvor det verken gjelder regler om opplysningsplikt eller delt bevisbyrde på området.

¹⁶³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52.

¹⁶⁴ Jf. også H. K. Nielsen, s. 136.

¹⁶⁵ Se bl.a. sak 271/91, premiss 26.

¹⁶⁶ Se sak 271/91, premiss 31.

Sammenheng med oppsigelse/avskjed eller skyld hos arbeidsgiver har vært en betingelse.¹⁶⁷ Aml. § 54 J nr. 1 utgjør en vesentlig endring på området, ved å åpne for oppreisning uten skyld hos arbeidsgiver. Dette er også ordningen etter likestillingsloven, jf. § 17.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden vil erstatning for ikke-økonomisk skade kunne kreves ved enhver form for usaklig forskjellsbehandling. Dette er også hensikten i følge forarbeidene, hvor det presiseres at bestemmelsens anvendelse ikke er begrenset til de særlig grove tilfellene eller til gjentatte tilfeller.¹⁶⁸ Trakassering etter § 54 C nr. 3 vil derfor også være omfattet. Dette innebærer en utvidelse i forhold til hva som har vært rettstilstanden etter aml. § 12, hvor rettspraksis har pekt i retning av at man ikke har hjemmel for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap ved overtredelse av bestemmelsen.¹⁶⁹

Etter § 54 J nr. 1, 2. punktum, skal oppreisningen *”fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig”*. I følge forarbeidene vil utmålingen kunne variere sterkt, og i enkelte tilfeller vil domstolene kunne komme til at det ikke skal gis oppreisning til tross for at det foreligger brudd på loven.¹⁷⁰

På området for likestilling har EF-domstolen imidlertid stilt krav om at sanksjonene må være effektive og avskrekkende.¹⁷¹ Effektivitetskravet innebærer at det i tilfelle av krenkelser av loven skal utmåles en oppreisning som overstiger et symbolsk beløp. Ettersom § 54 J skal tolkes på samme måte som likestillingsloven, kan dette tale for at det skal mye til før domstolene kan unnlate å gi oppreisning ved usaklig diskriminering. Det kan også være grunn til å se på oppreisningsutmålingen i litt større perspektiv enn som en rettighet for den enkelte. Oppreisning vil kunne ha en preventiv effekt, og bidra til å oppnå formålet om likebehandling på arbeidsmarkedet. Dette taler for at arbeidstaker bør tilkjennes et oppreisningsbeløp også ved mindre alvorlige forhold. Det

¹⁶⁷ Se aml. §§ 62 første ledd og 66 nr. 4, jf. skl. §§ 3-5 og 3-6.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52.

¹⁶⁹ Se Rt. 1997 s. 786, Rt. 1993 s. 616 og Rt. 1997 s. 1506.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 52.

¹⁷¹ Se sakene 14/83 (premiss 23), 79/83 (premiss 23), 68/88 (premiss 24) og 326/88 (premiss 17).

er også et poeng at ulovlige handlinger ikke vil bli angrepet dersom arbeidstakere aldri vil tjene på å gå til sak.

Når det gjelder oppreisningens størrelse, nevner forarbeidene til kap. X A ulike momenter som må stå sentralt i helhetsvurderingen ved fastsettingen av denne.¹⁷²

Sentralt står handlingens art og alvorlighetsgrad, i tillegg til forhold på både arbeidsgivers og arbeidstakers side. I NOU 2002:12 uttales om blant annet: *”Forhold på fornærmedes side vil også kunne trekkes inn. Det er blant annet klart at den som blir diskriminert etter å ha provosert gjerningspersonen, kanskje sterkt, må tåle å få en mindre oppreisning enn den som uprovosert blir diskriminert på samme måte. I provokasjonstilfeller der begge har vært ”like gode” vil tilsynsmyndighetene/ domstolene ha anledning til ikke å pålegge gjerningspersonen oppreisning i det hele tatt”*.

Det vil være naturlig å se hen til praksis slik den foreligger blant annet etter aml. § 62 og likestillingsloven § 17 også når det gjelder størrelsen på oppreisningsbeløpet.¹⁷³

Foreløpig er det imidlertid sparsomt med praksis på området. I en sak i Rt. 1991 s. 236 ble en arbeidstaker i medhold av aml. § 62 tilkjent kr. 50.000,- i erstatning for ikke-økonomisk tap. Dette ble blant annet begrunnet med at hun var blitt utestengt fra arbeidsplassen, og det sjokk dette måtte ha medført for henne. Etter likestillingsloven er det også sparsommelig med rettspraksis, ettersom ilegging av erstatning ligger utenfor Nemndas kompetanse.¹⁷⁴ Fra Danmark kan nevnes ”Magasin-tørklædesagen” som er omtalt under punkt 6.2.4, hvor jenta fikk en erstatning på 10.000 DKK etter loven om forskjellsbehandling på arbeidsmarkedet.

¹⁷² Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 105 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 53.

¹⁷⁴ Det kan her reises spørsmål om EF-domstolens krav til effektiv sanksjonering er oppfylt.

8 Vurdering av reglene

Formålet til arbeidsmiljøloven kapittel X A er å *sikre likebehandling i arbeidslivet*, jf. § 54 A nr. 1. Fremtiden vil vise om reglene virker etter sin hensikt. Analysen av kapittelet har likevel gitt rom for enkelte betraktninger omkring reglene.

Det positive ligger først og fremst i reglenes eksistens i seg selv. Det ligger en vesentlig samfunnsmessig og samfunnsøkonomisk interesse i at arbeidstakere i Norge behandles likt og ordentlig. Tydelig regulering av områder hvor det typisk kan forekomme forskjellsbehandling er derfor av stor nødvendighet. Arbeidstakere av utenlandsk opprinnelse utgjør her en stor og viktig gruppe, som også er beskyttet gjennom en rekke konvensjoner i folkeretten. Reglene er derfor viktige og nødvendige fra Norges side, også sett ut i fra et internasjonalt og folkerettslig synspunkt.

Mer konkret er det positivt at begrepet forskjellsbehandling er såpass grundig definert i loven. Klare definisjoner bidrar til forutberegnelighet, og gjør det lettere både for arbeidslivets parter og rettsanvendere å forholde seg til reglene. Den EU-rettslige begrepsbruken kan videre gjøre det mindre fremmed å ta i bruk praksis fra EF-domstolen som rettskilder, noe som kan være positivt innenfor et foreløpig noe rettskildefattig område.

Positivt er det også at sammenhengen med likestillingsloven er tydeliggjort gjennom henvisningen til "*kjønn*" i aml. § 54 B. Det er det samme "verktøyet", begrepene og metoden som brukes i begge regelsett, og det er derfor viktig å se sammenhengen. Ikke minst fordi man på området for kjønnslikestilling har lang erfaring med diskrimineringslovgivning.

Muligheten for oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld, utgjør kanskje den største endringen på området, og vil sammen med bevisbyrderegelen forhåpentligvis føre til en effektivisering av vernet mot forskjellsbehandling. Reglene skapte mye motstand fra arbeidsgiverpartene, men selv anser jeg reglene utelukkende for positive. Regler som ikke fungerer i praksis er ingen tjent med.

Av mindre positive ting kan trekkes frem at lovgiverne flere steder har valgt en ordlyd som avviker fra direktivteksten. Riktignok står Norge fritt i forhold til innlemming av direktivets regler, men når det først gjøres, mener jeg de burde lagt seg så tett opp til

direktivteksten som mulig. Dette ville kunne hindre vanskeligheter i forbindelse med bruk av senere EF-praksis i medhold av direktivet.

Videre mener jeg det kunne vært presisert i lovteksten av at private arbeidsgivere ikke kan diskriminere på grunnlag av statsborgerskap, ettersom en slik forskjellsbehandling vanskelig kan tenkes å ha saklige grunner. En presisering av dette ville kunne hindre eventuelle misforståelser og lette forholdet mellom arbeidsmiljølovens regler og det EØS-rettslige prinsipp om fri flyt av arbeidskraft.

Alt i alt mener jeg imidlertid at det nye kapittel X A i arbeidsmiljøloven består av gode, fornuftige regler som kan gjøre likebehandling i arbeidslivet til noe mer enn et uttalt ”velment” formål.

9 Litteraturliste

Bøker

- Justesen, Pia. *Lighedskravet for etniske minoriteter på arbeidsmarkedet. Et menneskeretlig perspektiv*. København, 2000.
- Nielsen, Henrik Karl. *Anti-diskrimination. Lovgivningen med kommentarer*. Henrik Karl Nielsen, Lars Adam Rehof, Christian Harlang. København, 1997.
- Nielsen, Ruth. *Europæisk arbeidsret*. København, 2003.
- Sejersted, Fredrik. *EØS-rett*. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Stein Foyn, Helge Stemshaug. Oslo, 1995.
- Vigerust, Elisabeth. *Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*. Oslo, 1998.

Lover og forskrifter

- | | |
|--|---|
| Arbeidsmiljøloven | Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv 4. februar 1977 nr. 4. |
| Domstolsloven | Lov om domstolene 13. august 1915 nr. 5. |
| EØS-loven | Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv 27. november 1992 nr. 109. |
| EØS-arbeidstakerloven | Lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 (rådsforordning (EØF) nr. 1612/68) om fri bevegelighet for arbeidstakere mv innenfor EØS. |
| Forskrift av 21. november 1980 nr. 13 om partsoffentlighet i saker om tilsetting i den offentlige forvaltning. | |
| Forvaltningsloven | Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967. |
| Likestillingsloven | Lov om likestilling mellom kjønnene 9. juni 1978 nr. 45. |
| Menneskerettsloven | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30. |
| Skadeserstatningsloven | Lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr. 26. |

Straffeloven

Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10.

Norges offentlige utredninger

NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering.

Stortingsdokumenter

Ot.prp. nr. 33 (1977-1978) Lov om likestilling mellom kjønnene.

Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv.

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (likebehandling i arbeidslivet m.m.) m.m.

EF- og EØS-rettslige dokumenter

Traktat om opprettelse av Det Europæiske Fællesskab. Undertegnet i Roma 25. mars 1957 (Romatraktaten).

Rådsdirektiv 75/117/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere, av 10. februar 1975.

Rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår, av 9. februar 1976.

Rådsdirektiv 79/7/EØF om gradvis gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i trygdespørsmål, av 19. desember 1978.

Rådsdirektiv 86/378/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i yrkesbaserte trygdeordninger, av 24. juli 1986.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. Undertegnet i Oporto 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

Avtale mellom EFTA-landene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA). Undertegnet i Oporto 2. mai 1992 (ODA).

Rådsdirektiv 92/85/EØF om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer, av 19. oktober 1992.

Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 om fri bevegelighet for arbeidstakere mv. innenfor EØS.

Rådsdirektiv 97/80/EF om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grunnlag af køn, av 15. desember 1997.

Rådsdirektiv 2000/43/EF om gjennomførelse af princippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse, av 29. juni 2000.

Rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

Internasjonale konvensjoner

Universal Declaration of Human Rights, 10. December 1948 (FNs menneskerettighetserklæring).

ILO-convention no. 111 Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, 1955.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 7. March 1966 (Rasediskrimineringskonvensjonen).

UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18. December 1979 (FNs kvinnekonvensjon).

Svenske lover, offentlige dokumenter m.m.

Prop. 1997/98:177 Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.

Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering.

Danske lover, offentlige dokumenter m.m.

Lovbekendtgørelse nr. 875 af 17. oktober 1994 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v.

Lovforslag nr. L 181 af 17. januar 1996 om lov om forbud mod forskelsbehandling på

arbejdsmarkedet m.v.

Lov nr. 459 af 12. juni 1996 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet
m.v.

Lovforslag nr. L 40 af 22. oktober 2003 om lov om ændring af lov om forbud mod
forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

Lov nr. 253 af 7. april 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på
arbejdsmarkedet m.v.

Dommer fra Høyesterett

Rt. 1988 s. 595.

Rt. 1991 s. 236

Rt. 1993 s. 616

Rt. 1997 s. 786

Rt. 1997 s. 1506

Dommer fra tingrett og lagmannsrett

RG 2001 s. 1226 (Borgarting).

LB-2002-00044

Vedtak fra Klagenemnda for likestilling

5/86

6/87

3/88

5/88

10/92

3/99

8/99

8/01

3/03

1/04

6/04

Uttalelser fra Sivilombudsmannen

Sak 1419/84, dokument nr. 4 (1985-86) Sivilombudsmannens årsmelding for 1985.

Dommer fra EF-domstolen

C- 36/74 B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch mot Association Union Cycliste Internationale,
Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie og Federacion Espaniola Ciclismo.

C- 13/76 Gaetano Donà mot Mario Mantero.

C- 71/76 Thieffry mot Conseil de l'ordre des avocats à Cour d'appel Paris.

C- 53/81 Levin mot Staatssecretaris van Justitie.

C- 14/83 Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen.

C- 79/83 Dorit Harz v Deutsche Tradax GmbH.

C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz.

C-379/87 Anita Groener mot The Minister for Education and the City of Dublin
Vocational Committee.

C-33/88 Pilar Allué og Carmel Mary Coonan m.fl. mot Università degli studi de
Venezia og Università degli

C- 68/88 Kommisjonen mot Hellas.

C-177/88 Elisabeth Johanna Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong
Volwassenen Plus.

C-179/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk
Arbejdsgiverforening.

C-326/88 Straffesak mot Hansen & Søn I/S.

C-281/91 Roman Angonese mot Cassa di Risparmio di Bolzano SpA.

C-259/91 Pilar Allué og Carmel Mary Coonan m.fl. mot Università degli studi de
Venezia og Università degli

C-272/92 Maria Chiara Spotti mot Freistaat Bayern.

C-421/92 Gabriele Habermann-Beltermann mot Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband.

C- 32/93 Carole Louise Webb og EMO Air Cargo (UK) Ltd.

C-415/93 Union Royale belge des sociétés de football association ASBL mot Jean-Marc
Bosman.

C-237/94 John O'Flynn mot Adjudication Officer.

C- 15/96 Kalliope Schøning-Kougebetopoulou mot Freie und Hansestadt Hamburg.

Danske dommer

Dom af 14. april 1999, 23450/97, København byret.

Dom af 18. juni 2000, Højesteret (AMU-sagen).

U 2000.2350Ø, Østre Landsret (Magasin-tørklædesagen).

Dom af 5. april 2001, B-0877-00, Østre Landsret (Toms tørklædesag)..

Dom af 18. desember 2003, Østre Landsret (Føtex-sagen).

Dommer fra Arbetsdomstolen (Sverige)

AD 2000 nr. 128.

Saker fra FNs menneskerettskomité

Communication No. 208/1986 (Bhinder mot Canada).

Artikler, undersøkelser m.v.

Arbejdsministeriet (Damnark), *Vejledning om forbud mod forskelsbehandling*, 2000.

Berg og Vedi, *Fra Holdning til handling: Om flyktningers arbeidsmuligheter og kvalifiseringsbehov*, SINTEF, 1995.

Ombudsmannen for etnisk diskriminering (Sverige), *Råd till arbetsgivare för arbete för etnisk mångfald* [online]. Tilgang:

http://www.antidiskriminering.nu/upload/utb/do/pdf/rad_till_ag.pdf

UDI, *Art og omfang av rasisme og diskriminering i Norge 1999-2000*.